المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونتوب إليه . وصلى اللهم وسلم على كل من أرسلته للبشرية هادياً وبشيراً ونذيراَ؛ وعلى كل من سار على طريقتهم واتبع سنتهم وأتمر بأمرك وانتهى بنهيك إلى يوم القيامة.

أما بعد .....

لا غرو أن يحتل الدين -بصفة عامة- والدين العادى - بصفة خاصة- دور هام فى الحياة الاقتصادية وفى التعامل بين الناس، إذ كثيراً ما يلجأ الأشخاص إلى الاستدانة أو الاقتراض أو التحمل بالالتزامات فى معاملاتهم المالية، من أجل توفير الائتمان لأنشطتهم الحياتية المختلفة.

وإذا كانت الذمة المالية بعناصرها الإيجابية (الحقوق) ضامنة للوفاء بعناصرها السلبية (الالتزامات). إلا أن هذه الذمة ذات صلة وثيقة بالشخصية القانونية للشخص التى تولد بميلاده وتزول بوفاته؛ وقد تضعف قبل ذلك بمرض الموت وهو الآفة التى تصيب الإنسان فتقربه من دنو أجله ويتصل به الموت مباشرة. ومما لاشك فيه أن خراب الذمة أو إضعافها له كبير الأثر على حق الدائنية؛ إذ أنها تعد القبلة، التى يولى الدائنون وجوههم شطرها، باعتبارها تمثل ضماناً عاماً لحقوقهم.

فضلاً عن أن الموت باعتباره واقعة مادية يرتب عليها القانون (الشرعى والوضعى) أثراً هاماً وهو انتقال حقوق التركة، بالخلافة، من السلف إلى الخلف؛ وهذا الانتقال قد يترتب عليه التصارع فيما بين حق الدائنية وحق الخلافة.

بيد أن القانون (الشرعى والوضعى) وجد فى حق الدائنية (الدين العادى) صفة معتبرة فأولاه رعايته وخوله أولوية فى الاستيفاء على

حقوق الورثة والموصى لهم (حق الخلافة) طبقاً لقاعدة "*لا تركة (لا وصية ولا ميراث) إلا بعد سداد الديون*".

غير أن هذا الأمر يحتاج إلى تحديد طبيعة هذه الأولوية المعطاة لمثل هذا الحق والتى كان عارياً عنها قبل موت المدين. ويتطلب -أيضاً- تحديد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية بالخلافة من السلف إلى الخلف.

ولا جرم أن هذا الأمر أثار حاستنا البحثية للكشف عن فحوى هذه الوضعية؛ ولذا سوف نضعها على بساط البحث ونسلط عليها أشعته لعلنا نصل فيه إلى نتائج طيبة. بالرغم ما يكتنفه من صعوبات جمة من أهمها اختلاف الأفهام حولها. فضلاً عن الغموض الذى يشوب الأحكام المنظمة لها.

والله -سبحانه وتعالى- أساله أن يهب لنا من لدنه رحمة وأن يهيئ لنا من أمرنا رشداً؛ حتى يتسنى لنا إخراج هذا البحث فى أفضل صورة . فإن تحقق لنا ذلك فهذا فضل الله يؤتيه من يشاء من عباده؛ وإن كان غير ذلك فحسبنا أن كل مجتهد مأجور أصاب أم أخطأ.

والله الهادى إلى سواء السبيل



تمهيد

1 - لا جرم أنه من مقتضيات استخلاف الله تعالى للإنسان فى الأرض؛ ومن متطلبات تسيير حركة الحياة فى الكون بانتظام واطراد؛ ومن ضروريات الاستقرار والتطور الاجتماعى المتناسق فى شتى مجالاته أن تتوافر الأمانة والثقة فى دائرة التعامل بين الناس؛ وأن ينعدم الغش والتدليس والخيانة والغدر فى التصرفات [*]. وأن يتوافر فى المعاملات حسن الاقتضاء وحسن الأداء.

ولا غرو أن يكون الإنسان فى حاجة إلى الأموال فهى تعد عصب الحياة؛ فبها يشبع رغباته وغرائزه ويتوفر له سبيل من سبل وفرة المعيشة ورخاءها؛ وبها يتوافر عامل من عوامل تنمية وتقدم مجتمعه وتطوره . فالإنسان مجبولاً على حب المال ومشغوفاً برغبة تملكه والاستئثار به ويفرحه اكتسابه وكنزه ويغضبه خسرانه وضياعه ([1]).

(*) لا جرم أن تحقيق مقتضيات الاستخلاف يقتضى الأتى:

أولاً : خلق الرقابة الذاتية لدى الفرد بإحياء الضمير الإنسانى وبتنمية الشعور لديه بوجود قوة لا تدركها الأبصار قادرة وقاهرة تراقب تصـرفاته الحسنة والسيئة، تثيبه على الأولى وتعاقبه على الثانيـة.

ثانياً : إنماء فكرة أن الأمانة توفر للشخص الائتمان إن كان طالباً له والضمان إذا كان مقدماً له . وأن الخيانـة والغـدر تعدمه الاثنين معاً.

ثالثاً : إرساء القواعد التى تتواءم مع حركة الحياة وتتوافق مع الطبائع البشرية المتغيرة. لأن الإنسان إذا استغرقته المادية الدنيا وودعته الروحانية العليا كان مشغوفاً بحب المال ومهموماً بطلب الاستئثار به، ومدبراً لشرعية وسيلة الحصول عليه. فقد يأخذ ما هو ليس حقاً له، وقد لا يعطى ما هو واجب عليه.

([1]) أنظر قوله - ﷺ - "لو كان لابن آدم واديان من ذهب لابتغى وادياً ثالثاً، ولا يملأ جوفه ابن آدم إلا التراب "؛ وقوله" قلب الشيخ على حب اثنين : طول الحياة وحب المال " (صحيح مسلم، ج 2، ص 99).

ويقول ابن المقفع .. فإن لكل مخلوق حاجة، ولكل حاجة غاية، ولكل غاية سبيلاً، والله وقت للأمور أقدارها، وهيأ إلى الغايات سبلها، وسبب الحاجات ببلاغها، فغاية الناس وحاجاتهم صلاح المعاش والمعاد ...=

ولقد أقر الإسلام، باعتباره دين الفطرة السمحة، الملكية الفردية للأموال إشباعاً لهذه الفطرة التى فطر الله الناس عليها؛ لما لها من أثر فعال على دفعهم إلى العمل وعمارة الكون وتشجيعاً لهم على التكسب([2]) والتمتع بما خلق الله لهم [(*)].

وأسباب التملك نوعين هى:

أسباب منشئة لحق الملكية

2- فهذه الأسباب تنشئ حق ملكية على شئ لم يكن محلاً لمثل هذا الحق من قبل. بمعنى أن هذا الشئ، الذى وضعت اليد عليه بنية التملك، لم يكن يشكل أحد عناصر الجانب الإيجابى للذمة المالية لشخص آخر؛ أو كان ذلك لكن صاحبه تركه وتخلى عن ملكيته وأصبح مباحاً ([2م]). كالاستيلاء [المواد (870-874) مدنى] وإحيا ء الأرض الموات فى الشريعة الإسلامية [(**)].

أسباب ناقلة للملكية

=فعلى العاقل أن يعلم أن الناس مشتركون فى الحب لما يوافق والبغض لما يؤذى" (مجلة الوعى الإسلامى، ص 18، عدد 47، س 4).

([2]) د/ أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية، ص27، الدار الجامعية، سنة 1987.

[(*)] لا جرم أن حركة الحياة مبناها على الثنائية والتضاد والتباين والتفاوت فى الخلق، فإن تعاونا سارت حركتها ب انتظام واطراد، وإن تعادى واختلف اختلت حركتها وانفرط عقدها . فللإبقاء على النوع كان الذكر والأنثى، وللإنبات كانت الأرض قراراً والسماء بناءً ينهمر منها الماء، بالإضافة إلى دور الكواكب والنجوم والأفلاك فى هذا الإنبات، ولمعرفة متى يكون السكون ومتى يكون النشور وعلم الحساب كان تعاقب الليل والنهار.

([2م]) أنظر فى بيان ذلك مؤلفنا المفيد فى حق الملكية والحقوق العينية التبعية، الفصل الأول من الباب الثانى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1422هـ.

[(**)] تعطى الشريعة الإسلامية لمن أحيا أرض موات الحق فى تملكها، وأقر ذلك القانون المدنى من خلال الفقرة الثالثة من المادة (874)، إلا أن المادة (86) من القانون رقم 100 لسنة 1964 ألغت العمل بهذه الفقرة.

3- هذا النوع من الأسباب يؤدى إلى نقل حق الملكية من شخص إلى آخر (من السلف إلى الخلف). سواء أكان عن طريق تصرفات قانونية أم كانت بواسطة وقائع مادية.

ومن الوقائع المادية، التى يترتب عليها مثل هذا الأثر، الموت الذى ينقل الملكية بالخلافة من السلف إلى الخلف (الوارث والموصى له). وهذه الخلافة لها صورتان هما:

خلافة إجبارية

4- هذه الخلافة هى التى لا يكون للشخص يد فى تقريرها كالميراث. أى أن الشارع هو الذى احتكر لنفسه أمر تقرير مثل ذلك. بأن وضع أحكامها وشروط استحقاقها.

خلافة اختيارية

5- اختيارية هذه الخلافة نابعة من تدخل إرادة الشخص -حال الحياة- فى إنشائها كالوصية [3]. ومع ذلك لم يترك الشارع هذا الأمر لإرادة الموصى. بل حدد القدر، الذى تكون الوصية نافذةً فى مواجهة الورثة دون أن يتوقف ذلك على إجازتهم، وهو ثلث التركة([4]).

بيد أن حركة الحياة وطبيعة العلاقات الاجتماعية تقتضى نوعاً من التعاون والتبادل بين أفراد المجتمع؛ ولا سيما فى المعاملات المالية التى تعد ـ حالياً ـ عصب الحياة المعاصرة. فالشخص الذى يعوزه المال يسعى

---

(3) الشيخ / محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، ص 6 فـ3، مطبعة مخيمر، القاهرة، سنة 1949م.

([4]) روى عن الرسول - ﷺ - أنه قال "إن الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة فى أعمالكم فضعوه حيث شئتم".

وروى أن سعد بن أبى وقاص كان مريضاً فعاده رسول الله -ﷺ- "فقال يا رسول الله أوصى بجميع مالى ؟ فقال : لا، فقال ك فبثلثى مالى؟

قال: لا، قال فبنصف مالى؟ قال: لا، قال فبثلث مالى؟ فقال -ﷺ-: الثلث والثلث كثير، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم فقراء يتكففون الناس".

فى طلبه عاجلاً لرده إلى أصحابه آجلاً (الائتمان) [*]. والشخص الذى يقبل أن يضع ماله تحت يد غيره عاجلاً ترقباً لمال آجـل لا بد أنه يبحث عن وسيلة تضمن له تحقق ما يترقبه. أى تضمن وفاء الغير بما تحت يده من مال عند حلول الأجل.

ولقد كانت ولا زالت مسألة تداول الأموال بين الناس فى شكل ائتما ن ذات أهمية بالغة لأنه مطلب رب المال ومن يعوزه المال على حدٍ سواء فكلاهما فى حاجة إلى هذا التداول . فالأول تحت يده المال ويرغب فى استثماره؛ والآخر يطلبه لاستخدامه فى الأغراض الاستثمارية أو الاستهلاكية . فضلاً عن كون هذا التداول يلعب دوراً هاماً فى تنمية النشاط الاقتصادى فى المجتمع.

فكـرة الضمــان العـام

6 - لا جرم أن هذه الفكرة تقوم على اعتبار أن أموال المدين ضامنة للوفاء بما عليه من ديون. بمعنى أن هذه الديون مضمونة بكل ما يملكه المدين من أموال حاضرة ومستقبلة . وهذه الأموال ضامنة لكل ما على المدين من ديون . بحيث يكون للدائن التنفيذ على أى من هذه الأموال والحجز عليه سواء أكان هذا المال عقاراً أم كان منقولاً وبيعه قضائياً وجبراً عن المدين واستيفاء حقه من ثمن البيع.

وفى حالة تعدد الدائنون وتزاحمهم على أموال المدين قسمت بينهم جميعاً قسمة غرماء إذا كانوا متساويين، أى بالمحاصة [**]. متى كان ليس لأحدهم حق التقدم على غيره طبقاً للقانون [5].

---

[*] الائتمان فى مفهومه العام: هو تقديم مال عاجل ترقباً لمال آجل.

[**] المحاصة، باعتباره وسيلة لتوزيع مال المدين على دائنيه عند التزاحم، يقصد بها اقتسام هذا المال بينهم بحيث يحصل كل دائن على حصة فيه بنسبة دينه.

[5] تنص الفقرة الثانية للمادة (234) مدنى على أنه "2- وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون".

غير أن حـق الدائنية فى ضوء فكرة الضمان العام، باعتباره حقاً شخصياً، لا يخصص للوفاء به مال معين من الأموال المكونة لهذا الضمان . فضلاً عن كونه له ذاتية مستقلة عن هذه الأموا ل المكونة للجانب الإيجابى لذمة المالية للمدين ([6]). بمعنى أن ليس له، فى هذه الأموال، حق عينى تبعى يضمن الوفاء به . بالإضافة إلى أن كل ما يجريه المدين من تصرفات، فى شأنها، يؤثر - سلباً أو إيجاباً- فى هذا الضمان وبالتالى على حق الدائنية.

وعلاجاً لهذا الأمر تم تخويل الدائن الحق فى استخدام بعض السبل للمحافظة على الضمان العام لمدينه - حال الحياة - *كالدعوى غير المباشرة* التى يمارسها فى حالة إهمال مدينه فى استعمال حقوقه [المادة (235-236) مدنى]؛ *والدعوى البوليصية* للطعن فى تصرفات المدين الضارة بدائنيه [المادة (237-243) مدنى]؛ *والدعوى الصورية* التى يباشرها لإثبات صورية التصرف الذى قصد به المدين الإضرار بحق الدائن [المادة (244-245) مدنى]؛ *ودعوى إشهار إعسار المدين* إذا كانت أمواله لا تكفى سداد ديونه مستحقة الأداء [المادة (249) مدنى].

بيد أن الدعاوى - آنفة الذكر- قد لا توفر التأمين الكافى للدائن فى حصوله على حقه. لأنها تعد من السبل العلاجية لحالات غش أو تدليس أو إهمال المدين . فضلاً عن كونها تتطلب توافر شروط معينة واتخاذ إجراءات قضائية قد تستغرق وقتاً طويلاً.

ولذلك خول المشرع صاحب حق الدائنية (الدائن) وسائل وقائية للمحافظة على الضمان العام لمدينه كالحجز التحفظى على الأموال المنقولة للمدين ([7])، واتخـاذ الإجـراءات الاحتياطية للمحافظة على

([6]) أنظر فى هذا المعنى د / محمود جمال الدين زكى، التأمينات ال شخصية والعينية - ط 3 - ص 16، ف 1، مطابع دار الشعب بالقاهرة 1979.

([7]) تنص المادة (316) مرافعات على أنه " للدائن أن يوقع الحجز التحفظى على منقولات مدينه فى الأحوال الآتية : =

= 1- إذا كان حاملاً لكمبيالة أو سند تحت الإذن وكان المدين تاجراً له توقيع على الكمبيالة أو السند يلزمه بالوفاء بحسب قانون التجارة.

2- فى كل حالة يخشى فيها فقد الدائن لضمان حقه".

التركة، والتدخل فى إجراءات قسمة المال الشائع ([8]).

غير أن تلك السبل وهذه الوسائل وإن كانت لا توفر الضمان الكافى للحق الدائنية، حال حياة المدين، مما يدفع الدائن لمطالبته بتوفير تأمين خاص يضمن له استيفاء حقه . إلا أن واقعة الموت يترتب عليها توقف عناصر الذمة المالية عن الزيادة والنقصان وتعلق عناصرها السلبية بعناصرها الإيجابية ولا تنتقل الأخيرة إلى الخلف العام إلا وهى مثقلة بحق عينى يضمن الوفاء بالأولى. بمعنى أن الدائن صاحب الدين العادى المضمون من خلال الضمان العام حال حياة المدين يتحول بوفاته إلى دين مضمون بحقوق التركة على نحو يعطيه حق عينى على هذه الحقوق.

ولا جناح أنه يجب على كل مدين أن يبادر بالوفاء بما عليه من دين متى استطاع إلى ذلك سبيلاً . لأنه -حال الحياة- مذلة وهوان، وبالموت ترتهن نفسه وتلتهب جلدته به حتى يقضى عنه.

خطة البحث

7- نتناول هذا البحث وفق لخطة تسير عكس العنوان الذى تخيرناه لها . فنبدأ بالحديث عن مرض الموت باعتباره أول منازل الموت . ثم نردفه ببيان التركة وما يتعلق بها من أحكام . ونقفيها بذكر الدين العادى الذى يثقل التركة . ونختتم هذه الدراسة بالحديث عن التكييف القانونى لحق الدائنية على التركة.

الفصل الأول
مرض الموت

([8]) تنص المادة (1/842) مدنى تنص على أنه "1- لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة عيناً أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة".

8- لا جرم أن الله - ﷻ - أوجد إنسان النطفة [*] من عدّمٍ، بماءٍ مهينٍ، وحملٍ وهينٍ، وتكوين بطيءٍ في ظلمات ثلاث ([9])، وخروجٍ ضعيفٍ . فالإنسان يتدرج من الضعفِ إلى القوةِ والعكس، فيخرج إلى الحياة ضعيفاً ويسبق مفارقته للحياة ضعف مثله وبين هذين الضعفين قوة ([10]). وإن كان الضعف الأول يحمل معه عناصر القوة التالية له؛ فإن الضعف الثانى يحمل معه عوامل فناء الحياة الدنيوية. فهذه الحياة تعتبر ضعف فى قوة وقوة فى ضعف أو قوة بين ضعفين وحياة بين موتتين ([11]).

ومرض الموت يعد العامل الفاعل فى دنو الأجل ويمثل بداية النهاية للإنسان. لأن الموت -فى غالب حالاته- يسبقه ضعف القوى البشرية شيئاً فشيئاً وكل وقت يمر على المريض يدنو به من أجله المحدد له فى الحياة الدنيا ([12]).

ونتناول بحث هذا الموضوع فيما هو آتٍ من مباحث:

المبحث الأول
ماهية

(*) أضيفت لفظة " النطفة "إلى الإنسان قصداً . لأن الله -سبحانه وتعالى- قد خلق آدم (عليه السلام) من الطين الذى هو امتزاج التراب بالماء ونفخ الروح فى هذه المادة جاء بعد اكتمال العناصر المكونة لها، وخلق ذريته من النطفة التى هى امتزاج المنى بالبييضة ونفخ الروح في هذه المادة جاء بعد اكتمال العناصر المكونة.

([9]) أنظر قوله - سبحانه وتعالى - "…. يخلقكم فى بطون أمهاتكم خلقاً من بعد خلق فى ظلمات ثلاث ذلكم الله ربكم له الملك لا إله إلا هو فأنى تصرفون" (الزمر، ج 23، آية 6).

([10]) أنظر قوله - سبحانه وتعالى - "الله الذى خلقكم من ضعفٍ ثم جعل من بعد ضعفٍ قوةً ثم جعل من بعد قوةٍ ضعفاً وشيبةً يخلقُ ما يشاءُ وهو العليمُ القديرُ " (الروم، ج 21 آية 54).

([11]) ابن قيم الجوزية، تحفة المودود بأحكام المولود، ص 236، مكتبة المتنبى، القاهرة (أشار إليه د/ سيف رجب قزامل، فى مؤلفه الغرة - بين الأمس واليوم، سنة 1997/1418 غير مدون عليه اسم الناشر ولا محل النشر).

([12]) الشيخ / محمد أبو زهرة، مرجع (3)، ص 8.

مــرض المــوت

9- لا غرو أن يكون المرض ممن يعتل به جسم الكائن الحى لأنه خلق من مادة تجرى عليها الأطوار ([13]) وتتصارع مع باقى الكائنات من أجل البقاء بالمحافظة على النفس والنوع.

ونتناول بحث هذا الموضوع فيما هو آتٍ من مطالب.

المطلب الأول

تعريف

مــرض المــوت

10- لا جرم أن البحث فى مجال العلوم -بصفة عامة- والعلوم الإنسانية -بصفة خاصة- يتطلب تحديد دلالة الألفاظ المستخدمة فيه . ولذلك نحدد مفهوم مرض الموت فى اللغة والاصطلاح:

أولاً - المعنى اللغوى لمرض الموت

11- واضح أن عبارة "***مرض الموت***" تتكون من كلمتين هما "***مرض***" و"***موت***". ولذلك نعرف كل منها ثم نجمع بينهما فى تعريف واحد.

1 - المرض فى اللغة

12- المرض هو **"فساد الصحة وضعفها** ([14])". أو هو **"خروج الإنسان عن حد الاعتدال "** ([15]) سواء أكان خروجاً عن حد الاعتدال المادى أم كان خروجاً عن حد الاعتدال المعنوى.

([13]) أنظر قوله - سبحانه وتعالى - "ما لكم لا ترجون لله وقاراً @ وقد خلقكم أطواراً " (نوح ج 29، آيات 13-14).

([14]) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، ص 578، مادة "مرض" بتصريف.

([15]) د/ أنور محمود دبور، ماهية مرض الموت وتأثيره فى ا لتصرفات بصفة عامة - بحث مقارن - ، مجلة الشريعة والقانون "حولية محكمة " العدد الثانى: رمضان 1408 هـ / مايو (أيار) 1988م، ص 77، ف 3، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية الشريعة والقانون.

أ- الاعتدال المادى

الاعتدال المادى هو الأداء الفاعل لمركبات خلايا مادة الجسم البشرى . وأى خلل يصيب هذا الأداء يعد خروجاً عن حد الاعتدال؛ ومن ثم فإن هذا الجسم يوصف بالمريض [*].

ب - الاعتدال المعنوى

الاعتدال المعنوى هو الأداء الإدراكى لخلجات النفس البشرية فإذا حدث خللاً فى هذا الأداء عُد هذا مرضاً يؤثر فى الأثر المترتب على التصرفات القولية والفعلية للإنسان.

ولما كان اختلال الاعتدال (المادى والمعنوى) يؤثر على مكنة حسن تدبير الأموال وإدارتها؛ فلقد ذهب بعض الفقهاء إلى إعطاء أمور أخرى حكم مرض الموت كالتحام الجيوش وانتشار الأوبئة المهلكة كالطاعون وغيره والأسر ([16]).

ولا جرم أن الإنسان مركب من مزيج من العناصر والعوامل المادية والمعنوية، وأى خلل يصيب أداء أيهما يؤثر فى الآخر.

2 - الموت فى اللغة

13- لا شك فى أن الموت نقيض الحياة، وإذا كانت الحياة عبارة عن التكاثر([17]) بالانقسام [الانفلاق ([18])] التلقائى للخلايا، والتفاعل المتناسق

(*) المرض هو قرين المادة والنفس كمكونين لبشرية الإنسان؛ فهذان المكونان تعتريهما العلل ويؤثر فيهما العوامل البيئية المختلفة وتتصارع معهما باقى الكائنات الأخرى صراع بقاء للمحافظة على النفس والنوع.

([16]) تنص الفقرة الثانية للمادة (597) من قانون المعاملات المدنية الإماراتى على أنه " 2- ويعتبر فى حكم مرض الموت الحالات التى يحيط بالإنسان فيها خطر الموت ويغلب فى أمثالها الهلاك ولو لم يكن مريضاً"

([17]) أنظر قوله -سبحانه وتعالى- "***ألهاكم التكاثر @ حتى زرتم المقابر*** " (التكاثر، ج 30، آية 1-2).

للقوة العاقلة للإنسان . فإن الموت هو توقف عمليات الانقس ام وانهدام الخلايا وسلب القوة العاقلة بهلاك النفس وخروج الروح.

تعريف مرض الموت

14- فى ضوء ما سبق يمكن تعريف مرض الموت فى اللغة بأنه هو **"آفة تخرج الإنسان عن حد الاعتدال المادى أو المعنوى وتكون سبباً فى هلاك النفس ([19])".**

ثانياً - المعنى الاصطلاحى لمرض الموت

15- لا جرم أن الجسم الإنسانى، باعتباره مطية الروح، يعد أحد معجزات الخالق ([20])، جلت قدرته، فى الخلق . فهذا الجسم قد ينهدم بهلاك النفس البشرية دون أدنى مقدمات. وقد تتوافر علل يحسبها الناظر مهلكة إلا أنها لا تؤد إلى ذلك . ومن ثم فإن الأفهام اختلفت حول تحديد المعنى الاصطلاحى لمرض الموت.

- فعرفه الأحناف بأنه هو ***"المرض الذى يخاف منه الهلاك غالباً*** ([21])" وعرفوا المريض بأنه هو ***"من يعجز عن قضاء حوائجه خارج البيت وإن أمكنه القيام بحوائجه داخل البيت*** ([22])".

([18]) أنظر قوله - سبحانه وتعالى - **"إن الله فالق الحب والنوى يخرج الحى من الميت ومخرج الميت من الحى ذلكم الله فأنى تؤفكو ن"** (الأنعام، ج 7، آية 95).

([19]) أنظر قوله -سبحانه وتعالى- **"كل نفس ذائقة الموت ..."** (آل عمران، ج 4، آية 185) و(الأنبياء، ج 17، آية 35) و (العنكبوت، ج 21، آية 57).

([20]) أنظر قوله -سبحانه وتعالى- **"سنريهم آياتنا فى الأفاق وفى أنفسهم حتى يتبين لهم أنه الحق..."** (فصلت، ج 24، آية 53).

([21]) فتح القدير، لكمال الدين ابن الهمام، ج 3، ص 155؛ والبحر الرائق، لزين العابدين ابن نجيم، ج 4، ص 50.

([22]) تبين الحقائق، ج 4، ص 248؛ وفتح القدير، ج 3، ص 155.
وتنص المادة (1595) من مجلة الأحكام العدلية على أن "مرض الموت هو المرض الذى يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره إن كان من الذكور ويعجز عن رؤية المصالح الداخلة من داره

إن كان من الإناث والذى يكون فيه خوف الموت فى الأكثر ويموت وهو على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان ملازماً للفراش أو لم يكن وإذا امتد مرضه وكان دائماً على حال واحد ومضى عليه سنة يكون فى حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله أما إذا اشتد مرضه وتغير حاله وتوفى قبل مضى سنة فيعد مرضه اعتباراً من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت".

وعرفته المادة (543) مدنى أردنى حيث جاء بها "1- مرض الموت: هو المرض الذى يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة، ويغلب، فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة فإن ليمتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح. 2- يعتبر فى حكم مرض الموت الحالات التى يحيط بالإنسان فيها خطر الموت ويغلب فى أمثالها الهلاك ولو لم يكن مريضاً".

وتنص المادة (597) من قانون المعاملات المدنية الإماراتى لسنة 1985 على نص مماثل لنص القانون المدنى الأردنى – سالف الذكر.

وتنص المادة (224) من قانون المعاملات المدنية السودانى لسنة 1984 على نص مماثل لنص القانون المدنى الأردنى– سالف الذكر.

وعرفه د/ عبدالرحمن محمود الصابونى، الوصية للوارث فى المذاهب الفقهية الثمانية والقوانين العربية وما عليه العمل فى دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الشريعة والقانون - حولية محكمة - ص 281 وما بعدها، العد د الرابع، شوال سنة 1410 / مايو 1990م بأنه "هو المرض الذى يغلب على الظن هلاك صاحبه به، ويتصل به الموت فعلاً، ولا يدوم سنة فأكثر".

- وعرفه المالكية بأنه هو ***"المرض الذى يحكم أهل الطب بأنه يك ثر الموت من مثله، كالسل (*) والقولنج (**)*** ([23]).

- وعرفه الشافعية بأنه هو ***"كل مرض يستعد بسببه للموت، بالإقبال على العمل الصالح "*** *وقيل بأنه* ***كل مرض يتصل به الموت***"([24]).

- أما الحنابلة فقد ذكروا فى معنى مرض الموت بأنه ***"المرض المخوف الذى يكون سبباً صالحاً للموت فيضاف إليه ويجوز حدوثه عنده"***.

شروط الحنابلة فى مرض الموت وأقسامه

16- لقد وضع الحنابلة لمرض الموت شروطاً وأقساماً نتناولها من خلال النقاط التالية ([25]):

أ- شروط مرض الموت

اشترط الحنابلة فى مرض الموت الآتى :

1- أن يتصل به الموت: فلو كان الشخص مريضاً مرضاً حتى لو كان مخوفاً لكنه لم يتصل به الموت لا يعد هذا من قبيل مرض الموت . فمن كان مريضاً بالسل، مثلاً، ولكنه شفى منه فلا تعد التصرفات التى أجراها خلال مرضه تصرفات فى مرض الموت ([26]).

(*) السل هو "آفة مرضية تصيب الجهاز التنفسى فتعمل على تدمير خلاياه".

(**) القولنج هو "آفة مرضية تصيب الأجزاء السفلية للجهاز الهضمى تجعل إخراج الغائط وغيره أمر عسير".

([23]) شرح الخرشى، لعبد الله الخرشى، ج 4، ص 214-215.

([24]) حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج، ج 6، ص 60.

([25]) المغنى والشرح الكبير على متن المقنع لأبن قدامه، ج 6، ص 539 (4706) دار الفكر.

([26]) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف العلامة فخر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى، ج 6، ص 196، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت – لبنان. جاء به ما يؤيد رأى الحنابلة فى هذا الشأن "وكل مرض = = برأ منه فهو ملحق بحال الصحة لأن حق الورثة والغرماء لا يتعلق بماله

2- أن يكون المرض مخوفاً: فلو أن الشخص كان مريضاً حتى لو اتصل به الموت؛ ولكنه لم يكن هذا المرض مخوفاً لم يعد ذلك من قبيل مرض الموت . فمن مات فى مرض وجع الضرس أو العين لا يعد التصرف، الذى أجراه خلال مرضه، تصرفاً فى مرض الموت؛ بل يعد تصرفاً من صحيح.

ب - أقسام الأمراض

يقسم الحنابلة الأمراض إلى عدة تقسيمات كالآتى ([27]):

أولاً - الأمراض غير المخوفة : مثل وجع الضرس والعين . فهذه الأمراض لا يتخوف منها عادة . أى المريض بها لا يخشى على نفسه الموت منها . ومن ثم فإن هذه الأمراض لا تعد من قبيل مرض الموت حتى لو اتصل بها الموت فعلاً؛ وحكم تصرفات الشخص المريض بها حكم تصرفات الصحيح ([28]).

ثانياً - الأمراض الممتدة -المزمنة-: كالجذام والسل فى بداية الإصابة به. فحكم التصرفات الصادرة من الشخص يتوقف على هل هذا المرض ألزمه الفراش ؟ أم لا ؟ . فإن ألزمه الفراش كانت تصرفاته تصرفات مرض الموت . وإن لم يلزمه الفراش فإن تصرفاته لا تعد من قبيل هذه التصرفات.

ثالثاً - الأمراض التى يتحقق معها التعجيل بموت المريض : فحكم تصرفات الشخص يتوقف على هل يصاحب هذه الأمراض ذهاب

إلا فى مرض موته وبالبرء تبين أنه ليس بمرض الموت فلا حق لأحد فى ماله".

([27]) المغنى والشرح الكبير على متن المقنع لأبن قدامه، ج 6، ص 543 (4708) دار الفكر.

([28]) تنص المادة (922) من مجلة الأحكام الشرعية (دراسة وتحقيق د / عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان ود/ محمد إبراهيم أحمد على) مطبوعات تهامة، ط أولى سنة 1401 هـ/ 1981م، على أن "هبة المريض مرضاً غير مخوف ولو اتصل به كهبة الصحيح : لو وهب الشخص حال صداع أو رمد أو حمى يسيرة ثم مات به... ".

العقل ؟ أم لا ؟. فإن صاحبها ذهاب العقل كانت تصرفاته لا أثر لها؛ لأنه تعد تصرفات صادرة عن شخص معدوم الإدراك والإرادة. أما إذا كان لا يصاحبها ذهاب العقل فإن تصرفاته تعد من قبيل تصرفات مرض الموت.

الشروط القانونية فى مرض الموت

17- استعرض أستاذ الأجيال الدكتور / عبدالرزاق أحمد السنهورى - رحمه الله -ﷻ- تعريفات مرض الموت فى الفقه الإسلامى، ثم وضع ثلاثة شروط له هى ([29]):

الشرط الأول - أن يقعد المريض عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التى يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها.

الشرط الثانى - أن يغلب فى المرض خوف الموت.

الشرط الثالث - أن ينتهى المرض فعلاً بالموت.

ثالثاً - تعريفنا لمرض الموت

18- لا جرم أن التعريفات - آنفة الذكر - التى أدلى بها جهابذة القانون (الشرعى والوضعى) قد زودتنا بمعين ندلى فيه بدلونا لعلنا نغترف منه ما يروى الظمأ.

ففى تقديرنا أن مرض الموت هو ***" المرض الذى يتصل به الموت علة وحقيقة؛ فاتصال العلة : بأن يكون من شأن سببه [*] -غالباً-***

([29]) د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، ج 4 ص 314، وما بعدها.

[*] استعملنا فى هذا الصدد لفظة " سببه " ولم نستخدم لفظة " آفته " لكى يمكن أن يشمل هذا التعريف لمفردات أخرى يمكن اعتبارها من قبيل مرض الموت كالمحكوم عليه بالقصاص أو الرجم، أو انتشار الأوبئة الفتاكة كالإيدز والإيبولا وغيرها. لأن الخوف من الموت هو الذى يؤثر = =على تصرفات الشخص، سواء أكان ناشئاً عن مرض الموت أم كان ناتج عن أى أمر يولد فى نفس الشخص هذا الخوف.

إحداث الموت؛ واتصال الحقيقة: بأن يؤدى هذا السبب إلى الموت فعلاً " ([30]).

ففى ضوء هذا التعريف يتبين أنه لا يعد من قبيل مرض الموت إلا إذا كان من شأنه إحداث الموت عادة وأن يتصل به الموت فعلاً . فإذا لم يكن من شأنه إحداث ذلك؛ فلا يعد مرض موت حتى لو اتصل به الموت فعلاً. ولا يعد كذلك من قبيل مرض الموت، المرض الذى يكون من شأنه إحداث الموت طالما أن الموت لم يتصل به فعلاً.

المطلب الثانى
طبيعة
مـرض المـوت

19- تبين لنا من خلال التعريفات السابقة والتى تفرقت بها السبل دون الوصول إلى وضع ضابط محدد يمكن من خلاله الفصل بين ما يعد من قبيل مرض الموت وما لا يعد كذلك ([31]).

ولا جناح أن مرض الموت ذا تأثير نفسى على شخص المريض مما يوحى معه أنه يجب الاحتكام فى هذا الشأن إلى المعيار الشخصى الذى يختلف باختلاف الأشخاص ويتفاوت بتفاوت قدرتهم على التحمل.

غير أن مثل هذا المعيار لن يكون ذا فائدة فى فك الإشكالية التى تحوط بهذا الموضوع . ومن ثم فإنه يمكن وضع معيار موضوعى هو معيار *الرجل المعتاد* وهو شخص من سواد الناس لا هو بشديد الحساسية ولا هو بمتبلد المشاعر. فإذا كان الرجل المعتاد يعتقد فى أن إصابته بآفة

([30]) أنظر قريب من هذا المعنى، الشيخ / أحمد بك إبراهيم، المعاملات الشرعية المالية، ص 252، دار الأنصار، القاهرة، بدون تاريخ للنشر.

([31]) د/ نعمان عبدالرزاق السامرائى، مرض الموت وأحكامه فى المعاملات مجلة البحوث الفقهية المعاصرة - مجلة علمية محكمة متخصصة فى الفقه الإسلامى- العدد السابع عشر - السنة الخامسة - شوال - ذى الحجة 1413هـ/ إبريل - يونيو 1993م، ص 58، الرياض - السعودية.

مرضية معينة ذات تأثير مميت عليه؛ وأن ذلك يوقع فى نفسه الخشية أو الخوف؛ فإن اتصل به الموت كان هذا المرض مرض موت.

بيد أن البحث يدور حول الأثر النفسى للشخص الذى يعلم بدنو أجله مع شعوره بالذنب للتفريط والإفراض الذى وقع منه فى سالف حياته فيدفعه ذلك للبحث عن عمل يخفف عنه هذا الشعور؛ أو أن العلم بدنو الأجل يدفعه إلى عدم الاكتراث بالآثار التى تترتب على تصرفاته المالية

أثر مرض الموت على إرادة المريض

20- لا شك فى أن مرض الموت له تأثير على إرادة الشخص المريض. وحكم التصرف الصادر من هذا الشخص يختلف تبعاً لاختلاف درجة تأثير هذا المرض على إرادته.

- **التأثير المعدم للإرادة** : فإذا كان لمرض الموت هذا التأثير على الإرادة، كالعته والجنون، فإن التصرف الصادر عن الشخص المريض لا يعتد به لأن رضاءه غير موجود . ولما كان وجود الرضا ركن أساسى فى التصرفات، فإن تخلفه يؤدى إلى بطلانها أى تعد معدومة بانعدام الرضاء.

  بيد أن المشرع أختص الوصية بحكم خاص، حيث أنه قضى ببطلانها متى أصاب الموصى، بعد إبرامها، جنوناً مطبقاً واتصل به الموت ([32]). على الرغم من أن الموصى كان وقت إصداره للوصية متمتعاً بكامل قواه العقلية؛ إلا أن ذلك لم يشفع لها عند المشرع وقضى ببطلانها.

- **التأثير المعيب للإرادة** : إذا كان تأثير مرض ال موت على إرادة الشخص المريض تأثيراً معيباً لا معدماً لها، كالشعور بدنو الأجل

([32]) تنص المادة (14) من قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 على أنه "تبطل الوصية بجنون الموصى جنوناً مطبقاً إذا اتصل بالموت ، وكذلك تبطل بالنسبة للموصى له إذا مات قبل موت الموصى".

الباعث على عدم الاكتراث بالآثار التى تترتب على تصرفاته المالية . ففى هذه الحالة يكون الرضاء موجوداً كركن فى التصرف إلا أنه تخلف عنه وصف الصحة لوقوع المتعاقد فى غلط فى الباعث دفعه لتوهم غير الواقع. والتصرف الذى يكون ركن التراضى فيه موصوف بذلك فإنه يكون قابلاً للإبطال لمصلحة صاحب الإرادة المعيبة.

وذهب البعض إلى القول بأن جمهور الفقهاء المسلمين اعتبروا أن المريض أو من ألحق به لا يملك الأهلية التامة ([33]).

غير أن المذهب الظاهرى لم ير ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من تأثير مرض الموت على أهلية المريض . فلم ير فرق يذكر بين تصرفات الشخص -حال الصحة- وتصرفاته - حال المرض، حيث اعتبره كلها سواء ([34]).

بيد أنه وإن كانت صياغة [المادة (138) مدنى ([35])] توحى بأن الذى يحرم من حق التمسك بإبطال ال عقد القابل للإبطال لعيب أصاب إرادة المتعاقد هو المتعاقد الآخر فقط، سواء أكان فى صورة دعوى مبتداه أم كان فى شكل دفع لدعوى مقامة ضده. إلا أن الفكر القانونى - فى نطاق القواعد العامة - مستقر على أن الحق فى التمسك بإبطال العقد القابل للإبطال مقصور على العاقد صا حب الإرادة المعيبة وخلفه العام دون سواهما.

([33]) د/ صبحى محمصانى، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإســلامية، ص 391، ط 3، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان سنة 1983.

([34]) المحلى لابن حزم، ج 8 رقم 1395، وج 9، ص 348 (أشار إليه د / صبحى محمصانى، مرجع (33)، ص 391، وأورد عنه " فالمريض مرضاً يموت منه أو يبرأ منه، والحامل منذ أن تحمل إلى أن تضع أو تموت، والموقوف للقتل بحق فى قود أو حد أو باطل، والأسير عند من يقتل الأسرى أو من لا يقتلهم، والمشرف على العطب والمقاتل بين الصفين، كلهم سواء وسائر الناس فى أموالهم، ولا فرق فى صدقاتهم وبيوعهم وعتقهم وهباتهم وسائر أموالهم ").

([35]) تنص المادة (138) مدنى على أنه "إذا جعل القانون لأحد المتع اقدين حقاً فى إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق".

تمسك الخلف العام بإبطال العقد لعيب أصاب إرادة سلفه

21- لا جرم أن العرض السابق يطرح سؤلاً هو هل يجوز للخلف العام ولاسيما الوارث الحق فى التمسك بإبطال العقد القابل للإبطال لعيب أصاب إرادة سلفه (المورث) حال حياته؟ أم لا ؟

للإجابة على هذه الأسئلة نستعرض معطيات القواعد العامة ومعطيات القواعد الخاصة من خلال النقاط التالية:

1- القواعد العامة

ظاهر أن هذه القواعد تعطى للوارث الحق فى طلب إبطال العقد باعتباره خلفاً عاماً للمورث صاحب الإرادة المعيبة . نظراً لأن عيوب الرضاء التى تتعلق بتصرفات مالية لا تعد قبيل الحقوق الشخصية اللصيقة بشخص صاحب الإرادة المعيبة ([36])؛ إنما تعد من قبيل الحقوق المالية التى قصرها المشرع عليه وعلى خلفه العام دون سواهما. ومن ثم فإن حق التمسك بإبطال العقد القابل للإبطال ينتقل إلى الخلف ب الميراث ([37]).

2- القواعد الخاصة

عرفنا أن المشرع قد أعطى من خلال القواعد العامة للخلف الحق فى التمسك بإبطال العقد القابل للإبطال . إلا أنه لم يشأ أن يلحق مرض

([36]) د/ عبد الفتاح عبد الباقى، موسوعة القانون المدنى المصرى - نظرية العقد والإرادة المنفردة - دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامى، ص 472، ف 230، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1984.

([37]) أنظر نقض مدنى فى الطعن رقم 42 لسنة 24 ق - جلسة 1958/2/27 مجموعة النقض س 9، ص 161، رقم 19 (أشار إليه د / عبدالفتاح عبدالباقى مرجع (35)، هامش (1) على الصفحة رقم 472) حيث جاء به "للقاصر فى حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانوناً، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفاً عاماً يحل محل سلفه فى كل ما له وما عليه ... وإذ كان موضوع طلب الإبطال = =تصرفاً مالياً، فإنه بهذا الوصف لا يكون حقاً شخصياً محضاً متعلقاً بشخص القاصر، بحيث يمتنع على الخلف العام مباشرته".

الموت بعيوب الإرادة؛ وأن يجعل التصرف الذى تم خلاله قابلاً للإبطال بسبب ذلك. وحاول علاج أمر التصرفات الصادرة فى مرض الموت من خلال أحكام خاصة (38). نظراً لأن الحق فى الخلافة يتعلق بأموال الشخص وحقوقه منذ لحظة دبيب آفة مرض الموت فى جسمه؛ فحدد آثار مثل هذه التصرفات فى مواجهة الوارث متى اعترض عليها (39).

الطبيعة الخاصة لمرض الموت

22- فى ضوء ما سبق يتضح أن مرض الموت وإن كان له تأثير على إرادة المريض إلا أنه ذا طبيعة خاصة يتميز بها عن عيوب الإرادة فى ظل القواعد العامة. لذلك أفرد المشرع له أحكام خاصة تعدل من الأثر المترتب على التصرفات الصادرة من الشخص حال مرض الموت؛ وتنظم ما يثار فى شأنها من منازعات؛ متى اتصل الموت بهذا المرض.

والدليل على الطبيعة الخاصة لهذا المرض أنه إذا برئ منه الشخص فقد بطل حق الورثة فى الاعتراض على مثل هذه التصرفات وأضحت لا فرق بينها وبين التصرفات الصادرة عن الشخص - حال الصحة -.

---

(38) أنظر فى ذلك أحكام المواد (477-478) و(916-917) مدنى.

(39) د/ عبدالحميد الشواربى، أحكام التركات - فى ضوء الفقه والقضاء - ص 14 منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1990.

المبحث الثانى
أثر
مــرض المــوت على التصرفات

23- إذا أصابت الإنسان آفة مرض الموت تعلق بماله حق الدائنية وحق الخلافة ([40]) وهذا التعلق يترتب عليه تقييد تصرفاته - حال مرضه - بما لا يضر بهذه الحقوق ([41]). فإن برئ منه رفع هذا التقييد وزال تعلق حق الدائنية بماله وأستقر فى ذمته المالية؛ وزال - أيضاً - تعلق حق الخلافة بماله ([42]).

وتقييد تصرفات المريض -حال مرض الموت- لا يعد نوع من الحجر على المريض؛ لأنه لا يعط للخلف الحق فى الاعتراض عليها - حال حياة - السلف . إنما هو وسيلة لحفظ حق الخلافة تعطى للأول الحق فى الاعتراض -حال الممات- على هذه التصرفات متى كانت ضارة به ذا الحق.

([40]) ذكر د/ عبد الرحمن محمود الصابونى، فى مؤلفه الوصية للوارث فى المذاهب الفقهية الثمانية والقوانين العربية وما عليه العمل فى دولة الإمارات المتحدة، مجلة الشريعة والقانون - حولية محكمة - ص 286 العدد الرابع شوال سنة 1410 / مايو سنة 1990م أن [المالكية (المدونة الكبرى، ج 13، ص 59؛ مواهب الجليل، ج 5، ص 78) وجمهور الحنابلة (كشاف القناع، ج 5، ص 376)؛ وقول لدى الشافعية وأبو يوسف ومحمد من الحنفية] يذهبوا إلى أن "حق الورثة كحق الدائن يتعلق بمالية التركة لا بذاتها فى فترة مرض موت المورث سواء أكانت هذه التصرفات من المريض مع ورثته أم كانت مع أجنبى".

([41]) قضت محكمة النقض فى الطعن رقم لسنة 6 ق - جلسة 1936/6/4 [منشور بمجلة القانون و الاقتصاد، السنة السادسة (ملحق) ص 241 (الدائرة المدنية)] بأنه "4- لا تتقيد التصرفات إلا ابتداءً من مرض الموت، وأما قبل ذلك فالمالك الكامل الأهلية حر التصرف فى ملكه ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديل أنصبتهم، ما لم تكن تصرفاته مشوبة بعيب من العيوب".

([42]) الشيخ / أحمد بك إبراهيم، مرجع (30)، ص 252 وما بعدها.

وتعلق حق الخلافة بمال الشخص - حال مرض الموت- افتراضى لانسجام الأحكام التى قررت للخلف بعد وفاة سلفه ومنها حقه فى الاعتراض على كل ما يمس ثلثى التركة.

غير أنه يجب ملاحظة أنه ليس لأحد من سلطان على الشخص - حال مرض الموت - إنما ينظر فى تصرفاته بعد وفاته؛ فإن كانت تمس حق الورثة فى ثلثى التركة كان لهم الحق فى الاعتراض عليها أو إجازتهم لها ([43]).

ولما كانت أحكام الشريعة الإسلامية تخاطب المكلفين بها حكام ومحكومين؛ وتمنح ولى الأمر الحق فى سياسة الدنيا وحراسة الدين على نحو يحقق المصلحة العامة للأمة عن طريق وضع أحكام تغلق الباب أمام أى إضرار بهذه المصلحة. وبناء على ذلك احتاط المشرع الوضعى لحق الخلافة ووضع قواعد تحول دون المساس بحقوق الورثة، ولا سيما عندما وجد أن التحايل على أحكام المواريث يشكل ظاهرة اجتماعية، ومن هذه القواعد الآتى:

- **التصرف بالبيع** - حال مرض الموت - إذا كان فيه محاباة تجاوز ثلث التركة، فلا يسرى القدر المتجاوز فى حق الورثة إلا إذا اقروه أو رد المشترى للتركة ما يفى تكملة ثلثين قيمة المبيع [المادة (2/477) مدنى ([44])].

غير أن قانون المعاملات الإماراتى (رقم 5 لسنة 1985) نص فى الفقرة الثالثة من المادة (559) على عدم نفاذ البيع بالكلية فى حالة مجاوزة الزيادة لمقدار الثلث ([45])؛ وهذا النص لا يستقيم مع نص

([43]) فضيلة الشيخ /محمد أبو زهرة، مرجع (3)، ص 13، ف 8.

([44]) تنص الفقرة الثانية للمادة (477) مدنى على أنه "2- أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى فى حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشترى للتركة ما بقى بتكملة الثلثين".

([45]) تنص الفقرة الثالثة للمادة (599) من قانون المعاملات المدنية الإماراتى على أنه "3- أما إذا جاوزت هذه الزيادة ثلث التركة فلا ينفذ البيع = =

الفقرة السابقة عليها التى قررت نفاذ البيع متى كانت الزيادة لا تجاوز الثلث ([46]). وكان يجب عليه أن يساير القانون المدنى المصرى -فى هذا الشأن- الذى قصر عدم النفاذ على الزيادة عن الثلث فقط دون سواها.

أما إذا لم تبلغ الزيادة الثلث أو لم تتجاوزه؛ فإن البيع يسرى فى حق الورثة من غير حاجة إلى إقرارهم [المادة (1/477) مدنى ([47])] وفى

ما لم يقره الورثة أو يكمل المشترى ثلثى قيمة المبيع وإلا كان للورثة فسخ البيع".

هذا النص معيب لأنه قرر عدم نفاذ البيع –جملة وتفصيلاً- متى كانت الزيادة تجاوز ثلث التركة إلا إذا أقره الورثة أو كمل المشترى ثلثى قيمة المبيع. وكان يجب على المشرع أن يقصر عدم النفاذ على الزيادة عن الثلث دون سواها. حتى لا يناقض ما قرره فى الفقرة الثانية – من ذات المادة- التى تنص على نفاذ البيع فى حق الورثة؛ إذا كانت الزيادة لا تجاوز الثلث . لأن مسايرة المنطق القانونى تقتضى أن عدم النفاذ يكون مقصور على الزيادة عن الثلث وليس البيع كله.

بيد أن واضع هذا القانون وقع تحت تأثير القانون المدنى الأردنى (43 لسنة 1976) الذى أصابه ذات العيب حيث أنه نص فى الفقرة الثانية للمادة (545) على أنه "2-أما إذا تجاوزت هذه الزيادة ثلث التركة فلا ينفذ البيع ما لم يقره الورثة أو يكمل المشترى ثلثى قيمة المبيع وألا كان للورثة فسخ البيع".

([46]) تنص الفقرة الثانية للمادة (599) من قانون المعاملات المدنية الإماراتى على أنه "2- وإذا كان هذا البيع بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت كان البيع نافذاً فى حق الورثة متى كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا يتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته".

([47]) تنص الفقرة الأولى للمادة (477) مدنى على أنه "1- إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البيع يسرى فى حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته".

تنص الفقرة الأولى للمادة (916) مدنى على أنه " 1- كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف".

وتنص المادة (877) مدنى سورى على أنه " كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصود آية التبرع يعتبر تصرفاً =

ذلك موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية فى حالة البيع لغير و ارث بثمن المثل ([48]).

أما إذا كان البيع لوارث بثمن المثل فإنه يصح على رأى الجمهور؛ ما عدا أبى حنيفة فيكون موقوفاً على رضاء الورثة ([49]).

- **تصح عند الأحناف الإعارة فى مرض الموت والإجارة والمزارعة ولو بأقل بأجر المثل** ؛ لان المنافع لا تعد مالاً - فى مذهبهم - وان تعلق حق الورثة بأعيان التركة فلا يضاروا بمثل ذلك ([50]).
- **إن التبرع فى مرض الموت يعد وصية** ([51])، يتوقف نفاذها فيما يتجاوز الثلث على إجازة الورثة ([52]). وهذا الحكم مستقى من الأحكام الشرعية ([53]).

=مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية مهما كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف".

وتنص المادة (1109) مدنى عراقى على أنه " كل تصرف ناقل للملكية يصدر عن شخص فى مرض الموت مقصود به التبرع أو المحاباة يعتبر كل أو يقدر ما فيه من محاباة تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التى تعطى له".

وتنص الفقرة الأولى للمادة (1128) مدنى أردنى على أنه "1- كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أياً ما كانت التسمية التى تعطى له".

وتنص ا لمادة (207) من مشروع الأحوال الشخصية الموحد للدول العربية على أنه "كل تصرف يصدر فى مرض الموت يقصد به التبرع أو المحاباة تسرى عليه أحكام الوصية مهما كانت التسمية التى تعطى له"

([48]) تنص المادة (394) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "إذا باع المريض فى مرض موته شيئاً لأجنبى بثمن المثل صح البيع....".

([49]) تنص المادة (393) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "إذا باع شخص فى مرض موته شيئاً من ماله لأحد ورثته، فيصير موقوفاً على إجازة سائر الورثة فإن أجازوا بعد الموت نفذ البيع، وإن لم يجيزوا لا ينفذ".

([50]) د/ صبحى محمصانى، مرجع (33)، ص 393.

([51]) تنص المادة (919) من مجلة الأحكام الشرعية، على أن "هبة المريض مرض الموت المخوف وصية تجرى فيها أحكامها،....".

([52]) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف العلامة فخر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى، ج 6، ص 196، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت -

- إقامة قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس على الآتى:

- صورية التصرف الصادر فى مرض الموت واعتباره تبرعاً، ولو ذكر فيه غير ذلك، حتى يقم الدليل على أنه معاوضة [المادة (3/916) مدنى ([54])].

- أن التصرف الصادر لأحد الورثة مع احتفاظ المتصرف بالحيازة وحق الانتفاع مدى حياته، يعد وصية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك [المادة (917) مدنى ([55])].

- البيع لأجنبى بأقل من ثمن المثل لا ينفذ فى حق الدائنين متى كانت التركة مستغرقة بالديون؛ ويجوز لهم المطالبة بفسخ البيع إلا إذا قام المشترى بتكملة الثمن إلى المثل ([56]).

لبنان. جاء به "لما كان الإعتاق (تحرير رقبة الرقيق) فى مرض (مرض الموت) فى معنى الوصية لوقوعه تبرعاً فى زمان تعلق حق الورثة".
وجاء به -أيضاً - فى باب العتق فى المرض " قال رحمه الله (تحريره فى مرضه ومحاباته وهبته ووصيته) فحكم هذه التصرفات كحكم الوصية حتى تعتبر من الثلث ... إنما اعتبرت من الثلث لتعلق حق الورثة بماله فصار محجوراً عليه فى حكم الوصية ".

([53]) الشيخ / محمد أبو زهرة، مرجع (3)، ص 16، ف 11.

([54]) تنص الفقرة الثالثة للمادة (916) مدنى على أنه "3- وإذا ثبت الورثة أن التصرف صدر من مو رثهم فى مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك. كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه".
وتنص المادة (1109) عراقى على أنه "1- كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص فى مرض الموت مقصود به التبرع أو المحاباة يع تبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التى تعطى له . 2- ويعتبر فى حكم الوصية إبراء المريض فى مرض موته مدينه وارثاً أو غير وارث، وكذلك الكفالة فى مرض الموت ".

([55]) تنص المادة (917) مدنى ع لى أنه "إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته أعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك".

([56]) تنص المادة (600) من قانون المعاملات المدنية الإم اراتى لسنة 1985على أنه "لا ينفذ بيع المريض لأجنبى بأقل من قيمة مثله ولو بغبن

لا جرم أن الأحكام السابقة، الخاصة بمرض الموت، لا تدب فيها الحياة إلا إذا أدى هذا المرض إلى الموت وأصبحت أمواله تركة تستوفى منها الديون وتنفذ فى الباقى الوصايا أنصبة الميراث.

وإذا كان الأمر على هذا النحو فما هو المقصود بالتركة؟ وما هى الأحكام المنظمة لها؟.

الإجابة على ذلك نتعرف عليه من خلال الفصل التالى.

الفصل الثانى

التركة

24- لا جرم أنه إذا أدى مرض الموت أو ما ألحق به من أمور مماثلة له إلى موت المريض أو من فى حكمه حقيقة أو حكمياً أو تحقق الموت دون أن يسبقه مثل ذلك. فإن كل ما يتركه من أموال وحقوق مالية أو تُقوّم بالمال تعد تركة.

ولا جناح أن لفظة **" تركة "** تفيد أن شيئاً ما كان فى حيازة شخص ثم تركه بالتخلى عنه؛ أى أنه خرج من ذمته المالية أو زالت عنه . والتخلى قد يكون اختيارياً فيتخلى الشخص عن الشئ بمحض إرادته؛ وقد يكون إجبارياً بأن يترك الإنسان الشئ بزواله عنه بالموت ([57]). لأن المال على أحد أمرين: إما أن يذهب عنك. وأما أن تذهب عنه.

والتركة والميراث -كقاعدة عامة- وجهان لعملة واحدة فإذا نظرنا إليها من ناحية السلف كانت تركة وإذا رأيناها من زاوية الخلف كانت ميراث.

يسير فى حق الدائنين إذا كانت التركة مستغرقة بالديون ولمشترى دفع ثمن المثل وألا جاز للدائنين فسخ البيع".

([57]) د/ منصور محمد منصور، دراسات فى أحكام التركات والمواريث فى الفقه الإسلامى، ص 52، لم يدون عليه اسم الناشر أو محله، سنة 1984م.

والوارث هو من تحققت حياته حال موت مورثه حقيقة أو حكمياً ([58]) وإن كانت حياة الإنسان تبدأ بالنطفة الأمشاج التى تتك ون باختراق الحيوان المنوى لجدار البويضة وامتزاجهما معاً وبداية الانقسام الميوزى وتتأكد بنفخ الروح فى المادة المتكونة من هذا الامتزاج. إلا أنهـا حياة مظنونة؛ ولا تنتقل من الظن إلى الحقيقة إلا بالميلاد حياً . ومع ذلك فإن حق الجنين فى الخلافة ثابت . غير أن حقه فى الملكية لا يتعلق بالتركة معنى وصورة إلا بتحقق ميلاده حياً ([59]).

([58]) تنص المادة (2) مواريث على أنه "يجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث قبل موت المورث أو الحكم باعتباره ميتاً، ويكون الحمل مستحقاً للإرث إذا ما توافر فيه ما نص عليه فى المادة (43)".

([59]) تنص المادة (43) مواريث على أنه "إذا توفى الرجل عن زوجته أو عن معتقته فلا يرث حملها إلا إذا ولد حيا بخمسة وستين وثلاثمائة على الأكثر تاريخ الوفاة أو الفرقة ولا يرث الحمل غير أبيه إلا في الحالتين الآتيتين:-

الأولى: أن يولد حياً. بخمسة وستين وثلاثمائة يوماً على الأكثر من تاريخ الموت أو الفرقة إن كانت أمه معتدة موت أو فرقة ومات المورث أثناء العدة.

الثانية : أن يولد حياً لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان من زوجية قائمة وقت الوفاة.

المبحث الأول
مضمون التركة

25- لا غرو أن يقع الخلاف الفقهى حول تحديد ما يعد تركة وما لا يعد كذلك. لأن الشخص -حال الحياة- له مآرب فى شتى مجلات الحياة المختلفة؛ فهل كل ما يتخلى عنه و يتركه -حال الوفاة- يجرى فى شأنه الإرث؟ أم أن هناك أشياء تورث وأخرى لا تورث؟ ومتى تنتقل ملكية التركة بالخلافة؟.

نتناول الإجابة على ذلك من خلال المطالب التالية.

المطلب الأول
الأشياء القابلة للتوارث

26- اتفق الفقه الإسلامى على توريث بعض الأشياء وعلى عدم تو ريث البعض، ويوجد خلاف حول توريث البعض الآخر ([60]).

ونتناول بيان الأشياء القابلة للتوارث وغير القابلة لذلك من خلال النقاط التالية:

الأشياء المتفق على توريثها

اتفق الفقهاء على توريث الخلف كل ما كان يملكه السلف من أموال عقارية أو منقولة؛ والحقوق المالية المحضة كالديون التى كانت له لدى

([60]) لمزيد من البيان فى هذه المسألة راجع فضيلة الشيخ /على الخفيف، مدى تعلق الحقوق بالتركة، ص 141 -150، مجلة القانون والاقتصاد يصدرها أساتذة كلية الحقوق جامعة القاهرة، العددان الثانى والثالث - السنة الثانية عشرة- صفر ربيع الأول سنة 1361 هـ / فبراير ومارس سنة 1942م؛ وفضيلة الشـيخ/ محمد زكريا البرديسى، الميراث، ص 20 وما بعدها، دار النهضة العربية القاهرة سنة 1388هـ/ 1969م؛ ود/ محمد مصطفى شلبى، أحكام المواريث - بين الفقه والقانون، ص 41، المكتب المصرى الحديث للطباعة والنشر الإسكندرية، سنة 1967؛ ود/ منصور محمد منصور، مرجع (57) ص 93 وما بعدها.

الغير؛ والحقوق التى فى معنى المال كحق التعليم والحقوق التابعة للمال كحق الإرتفاق.

الأمور المتفق على عدم توريثها

اتفق الفقهاء على عدم توريث الحقوق اللصيقة بشخص السلف كحق تولى الوظائف وحق الانتخاب وحق عضوية المجالس ال نيابية أو النقابية والولاية على النفس أو المال..الخ.

الحقوق المختلف فى توريثها

اختلف الفقهاء فى توريث بعض الحقوق التى يجتمع فيها الوجهان المالى والشخصى كحق الشفعة وخيار الشرط وخيار الرؤية فكل منها تخضع لإرادة الشخص وهذا حق لصيق بشخصيته؛ إلا أنها تتع لق بمال لأنها ترد على أموال عقارية أو منقول . فمن غلب الوجه الشخصى قال بأنها لا تنتقل بالميراث (61). ومن غلب الوجه المالى قال بأنها تنتقل بالميراث.

---

(61) أنظر حول هذا الموضو ع، د/ بدران أبو العنين بدران، أحكام التركات والمواريث فى الشريعة الإسلامية والقانون، ص 33، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، سنة 1981.

السبب فى تعدد الآراء حول هذه المسألة

لا جـرم أن السبب فى هذا الخلاف هو ثبوت دليل الحكم أو من عدمه فالجمهور ثبت لديهم أن السنة ورد بها لفظتى "*مالاً* " و "*حقاً* " فى قوله - ﷺ- " *من ترك مالاً أو حقاً فلورثته، ومن ترك كلاً أو عيالاً فالى* ". أما الأحناف فلم يثبت لديهم لفظة "*حقاً*" فى هذا الحديث.

وابن رشد الحفيد ([62]) لخص هذا الخلاف وأجمل فى القول وأحسنه فقال "*أن عمدة المالكية والشافعية أن الأصل هو أن تورث الحقوق والأموال إلا ما قام دليل على مفارقة الحق فى هذا المعنى للمال . وعمدة الحنفية أن الأصل هو أن يورث المال دون الحقوق إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال*" ([63]).

وخروجاً من هذا الخلاف يعد كل ما يتركه الميت ، من أموال وحقوق مالية أو فى معناها، تركة.

([62]) ابن رشد المالكى، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ص 210.

([63]) لمزيد من البيان حول هذا الموضوع أنظر فضيلة الشيخ / أحمد إبراهيم بك، التركة والحقوق المتعلقة بها والمواريث، ص 365، مجلة القانون والاقتصاد، يصدرها أساتذة كلية حقوق القاهرة، السنة السابعة - العدد الأول، ذو القعدة 1355هـ/يناير 1937م.

المطلب الثانى
ماهية التركة

27 - لا جناح أنه من المعلوم أن هذه اللفظة، فى معناها اللغوى، تطلق على كل متروك ([64]). وهى ترادف الميراث لغة. تركة الرجل ميراثه.

وإذا كان الأمر على هذا النحو فهل من تطابق بين هذا ال معنى والمعنى الاصطلاحى ؟ أم لا ؟.

لا غرو أن تفترق الآراء تبعاً لاختلاف المشارب والأفهام حول الإجابة على هذا السؤال على ثلاثة أراء هى ([65]):

الرأى الأول

يذهب هذا الرأى إلى القول بأن التركة هى كل ما يتركه الشخص، بعد موته، من أموال وحقوق مالية أو حقوق الجانب المالى فيها أرجح من غيره؛ سواء أكانت هذه التركة مدينة أم كانت غير مدينة؛ وسواء أكانت الديون مضمونة بعين من أعيان التركة كتأمين عينى يضمن الوفاء بها أم كانت ديون مرسلة [*] أى مضمونة الوفاء من خلال الضمان العام للمدين (الحقوق الشخصية).

([64]) المعجم الوجيز - مجمع اللغة العربية- الطبعة الخاصة بوزارة التربية والتعليم ص 74، مادة "ترك" الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، القاهرة 1990.

([65]) لمزيد من البيان أنظر فضيلة الشيخ /أحمد إبراهيم بك، مرجع (63)، ص 358.

[*] وصفت لفظة "ديون" بلفظة "مرسلة" لبيان عدم تعلقها بعين من أعيان التركة تضمن الوفاء بها، بل مضمونة من خلال الضمان العام للمدين.
بيد أن هذا النوع من الديون يعرف فى الفقه القانونى بـ "الحقوق الشخصية" إلا أن مصطلح الديون المرسلة أو الحقوق المرسلة أدق فى الدلالة على المراد من المصطلح القانونى، نظراً لوجود حقوق أخرى قد يقع الخلط بينها وبين هذه الحقوق ولتمييز بينهما يضاف إليها لفظة =
=اللصيقة بالشخصية كحق الإنسان فى الحرية وحقه فى الحياة ... الخ.
فلو استخدمنا مصطلح الحقوق المرسلة أو الديون المرسلة لجنبنا ذلك

وفى ضوء هذا الرأى يتضح أنه لا ترادف بين مصطلح **"التركة"** ومصطلح **"الميراث"** فكل ما يتركه الإنسان بعد موته يعد تركة حتى لو كانت مستغرقة بالدين . بمعنى أنها تعد كذلك حتى - فى الحالة- التى تتساوى فيها أموال الميت مع ديونه؛ بحيث لا يبق منها شئ تنفذ فيه الوصايا أو حقوق الورثة.

ولقد أخذ واضع قانون المواريث بهذا الرأى حيث أنه أدرج لفظة **"التركة"** فى مقدمة المادة الرابعة التى تنص على الحقوق التى تؤدى من التركة ([66]).

الخلط محتمل الوقوع بين الحقوق الشخصية "الديون أو الالتزامات " والحقوق اللصيقة بالشخصية.

([66]) تنص المادة الرابعة من قانون الميراث رقم 77 لسنة 1943 ونشر فى 1943/8/12 وعمل به اعتباراً من 1943/9/2م، على أنه:
" يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتى :
أولاً : ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن
ثانياً : ديون الميت.
ثانياً : ما وصى به الميت فى الحد الذى تنفذ فيه الوصية ويوزع ما بقى بعد ذلك على الورثة فإذا لم توجد ورثة من التركة بالترتيب الآتى:
أولاً: استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره.
ثانياً: ما أوصى به فيما زاد على الحد الذى تنفذ فيه الوصية
فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقى منها إلى الخزانة العامة".
والقانون الكويتى، يقرر حكم يتقارب مع النص المصرى، آنف الذكر، حيث ينص فى مادته (291) على أنه :
" أ - يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتى:
أولاً : ما يكفى لتجهيز الميت، وتجهيز من مات قبله ممن تلزمه نفقته بالقدر المشروع.
ثانياً : ديون الميت.
ثالثاً : الوصية الواجبة.
رابعاً : الوصية الاختيارية فى الحد الذى تنفذ فيه.
خامساً: المواريث بحسب ترتيبها فى القانون.
ب - إذا لم يوجد ورثة قضى فى التركة بالترتيب الآتى:
أولاً: استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره. =
=ثانياً : ما أوصى به فيما زاد على الحد الذى تنفذ فيه الوصية.

الرأى الثانى

يذهب هذا الرأى إلى، ما ذهب إليه الرأى الأول، من القول بأن التركة هى كل ما يتركه الشخص - بعد موته- ولكنه استبعد من هذا المفهوم أعيان الأموال التى تعلق بها حق للغير؛ كالأعيان المرهونة بدين للغير أو المشتراة ولم يوف بالثمن أو لم يقبض المبيع من البائع . فمثل هذه الأعيان لا تدخل فى مفهوم التركة وفقاً لهذا الرأى ([67]).

وهذا الرأى كسابقه لا يرى أن مصطلح **"التركة "** يترادف مع مصطلح **"الميراث"**. لأن حق الورثة فى التركة متأخر فى المرتبة عن سداد الديون . وهذا الرأى يعتبر أن كل ما يتركه الميت تركة سواء استغرقتها الديون بالكلية أم لم تستغرقها.

الرأى الثالث

يذهب هذا الرأى إلى القول بأنه لا يدخل فى مفهوم التركة إلا الأموال والحقوق (المالية أو فى معنى المال) التى تكون محلاً لتنفيذ الوصايا واستحقاق أنصبة الميراث . بمعنى أن الأموال التى تستغرقها الديون لا تدخل فى مفهوم التركة . لأن الديون مقدمة فى الاقتضاء على تنفيذ الوصايا وتوزيع أنصبة الميراث؛ ومن ثم فإن الأموال المستغرقة بها لا تدخل فى هذا المفهوم.

جـ – وإذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقى منها إلى الخزانة العامة".

وتنص المادة (87) من قانون الأحوال الشخصية على أن "الحقوق التى تتعلق بالتركة بعد وفاة المورث أربعة مقدم بعضها على بعض وهى:

1 - تجهيز المتوفى على الوجه الشرعى.

2 - قضاء ديونه وتخرج من جميع ماله.

3 - تنفيذ وصاياه وتخرج من ثلث ما بقى من ماله.

4 - إعطاء الباقى إلى المستحقين".

([67]) أنظر فى ذلك حاشية محمد شاه الفنارى على شرح السراجية للسيد الشريف، طبع فرج الله زكى الكردى بمصر، ص 13؛ وحاشية رد المحتار على الدر المختار، ج 5، ص 500.

فواضح من هذا الرأى إنه يقيم نوعاً من الترادف بين مصطلح **"التركة "** ومصطلح **"الميراث "** وتصدق - فى شأنه- العبارة التى اشتهرت على الألسنة وهى **"لا تركة إلا بعد سداد الديون".**

رأينا فى هذه المسألة

28- فى تقديرنا أن الرأى الراجح هو الأخير للآتى:

1- أنه لا يعد تركة -بالمعنى الفنى- إلا كل ما استغنى عنه الميت ولم يعد فى حاجة له. وإذا كان الموت يجعل من الالتزامات (الجانب السلبى) تعلق بالحقوق (الجانب الإيجابى) فإن الميت لا يستغن عن أمواله إلا بعد الوفاء بما عليه من التزامات . فإذا انقضت هذه الالتزامات، بالوفاء أو ما يقوم مقامه كاتحاد الذمة أو بغير الوفاء كالإبراء وغيره، فما بقى من أموال الميت وحقوقه المالية يعد تركة تنفذ فيها الوصايا وتوزع منها أنصبة الميراث.

2- قوله -ﷺ- **"من ترك مالاً أو حقاً فلورثته"** ومفاد ذلك -والله أعلم- أن لفظة **"تركة"** لا تطلق إلا على المال والحق الذى يكون فيه حق الإرث؛ حيث لم يرد بالحديث إشارة إلى غير هذا الحق. فإذا كان هذا الحق مرتبته هى الثالثة بعد الدين والوصية، كان الذى يبقى من الأموال والحقوق المالية بعد انقضاء الالتزامات (وفاءً أو ما يقوم مقامه كاتحاد الذمة أو بغير الوفاء كالإبراء ([68]) وغيره) ونفاذ الوصايا (الواجبة والاختيارية) فى حدها الشرعى، تكون هى التركة التى للورثة. أما قبل ذاك الانقضاء وهذا النفاذ لا يطلق على أموال الميت وحقوقه لفظة تركة بمعناها الفنى الدقيق وإن أطلقت كان على سبيل المجاز لا الحقيقة.

3- أنه إذا اعتبرنا أن كل ما يتركه الميت تركة، وكانت الوصية تنفذ فى حدود ثلث التركة، وكان نفاذها مقدم على توزيع الميراث . فإنه

([68]) تنص المادة (1569) مجلة الأحكام العدلية على أنه "يصح إبراء الميت من دينه".

يترتب على ذلك نتيجة غير مقبولة وهى لا إرث متى استغرق الوفاء بالديون ونفاذ الوصايا كل أموال الميت وحقوقه؛ بحيث أنه لا يبقى شئ يورث . مع أن نفاذ الوصية يقتضى وجود ميراث؛ لأن كليهما يؤخذ من تركة السلف . فطالما أن هناك تركة تنفذ فيها الوصية فى حدود الثلث فإنه يبقى الثلثين للميراث. ومن غير المقبول -أيضاً- القول بأن هناك تركة عامة تستوفى منها الالتزامات وتوجد تركة خاصة تنفذ فيها الوصايا وأنصبة الميراث.

المطلب الثالث
وقت
انتقال ملكية التركة بالخلافة

29- لا جرم أن السؤال الذى يطرح نفسه هو متى تنتقل ملكية التركة إلى الورثة؟ لأنه قد تتعدد الأوقات التى من المحتمل أن يكون أحدها هو ميقات انتقال هذه الملكية.

وقت تحقق موت المورث حقيقة أو حكمياً

30- لا ريب فى أن تحقق واقعة الموت تعد سبباً فى اكتساب الملكية بالميراث؛ إلا أنه لا يوجد ما يمنع أن يكون هناك فارق زمنى بين تقرير الحق وبين استقراره بشكل نهائى فى ذمة صاحبه؛ فالملكية تنتقل بالخلافة من لحظة وفاة السلف، وإذا كانت التركة مدينة فإن الخلف يكتسب ملكية أموالها مثقلة بما عليها من التزامات، وتستقر خالصة له بعد الوفاء بديونها.

ويتحقق الفارق الزمنى متى تقرر الحق فى زمن وتراخى عنه استقراره فى الذمة خالصة بشكل نهائى . فمثلاً إبرام التصرفات التى يكون من شأنها نقل الملكية من المتصرف إلى المتصرف إليه (كالبيع والمقايضة والهبة ... الخ) تعد سبباً لكسب الملكية بالعقد؛ إلا أنه إذا كانت فى شأن مال عقارى فإن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل فى سجلات الشهر العقارى؛ أى أن الملكية تكتسب بالعقد لكنها لا تنتقل من المتصرف إلى

المتصرف إليه إلا باتخاذ إجراءات الشهر. وكذلك الالتزام بنقل حق عينى على الشئ المعين بنوعه إن كان يكتسب بالعقد؛ إلا أن هذا الحق لا ينتقل إلا بالإفراز [المادة (1/205) مدنى ([69])].

ففى ضوء ذلك يتضح أنه ليس من الضرورى أن يكون هناك تلازم زمنى بين تقرير الحق بتوافر سببه - تصرف قانونى أ و واقعة قانونية - وبين استقراره فى ذمة صاحبه باستيفاء الإجراءات القانونية ([70])، فقد يتراخى الأخير عن الوقت الذى تم فيه الأول.

وقت انقضاء التزامات التركة بالوفاء أو ما يقوم مقامه

31- لا غرو أن يكون هذا التاريخ هو الوقت الذى تستقر فيه الملكية بالخلافة فى ذمة الخلف خالصة . لأن عبارة **"من بعد "** التى تكررت أربع مرات فى كتاب الله -ﷻ- تفيد تحديد محل ملكية الوارث بالخلافة وزمانها ([71]). فإذا تعدد الورثة أو الموصى لهم كان لكل منهم ملكية حصة شائعة فى أموال التركة، غير مثقلة بحقوق الغير، اعتباراً من هذا التاريخ.

وقت القسمة النهائية للمال الشائع

32- لا مشاحة فى أن هذا التاريخ كاشفاً لحق الوارث فى التملك وليس منشئاً له. لأن نشأته ترتد إلى تاريخ سبب اكتسابه للملكية؛ وهو تاريخ تحقق الوفاة الذى ترتب عليه تقرير حق الوارث فى ذلك.

([69]) تنص الفقرة الأولى من المادة (205) مدنى على أنه "1- إذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شئ لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشئ".

([70]) جاء فى عجز المادة (474) مدنى ما نصه "... فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين . ويجب - أيضاً - أن تستوفى هذه الإجراءات ".

([71]) أنظر لاحقاً المبحث الثالث من هذا الفصل تحت عنوان " النصوص الشرعية التى تنظم كيفية التعامل فى التركة".

وذهبت محكمة النقض ([72]) إلى القول بانفصال التركة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة . ويستفاد من هذا القول بأن التركة المدينة هى التى يجرى فى شأنها ذلك، وأن هذا الانفصال يستمر حتى انقضاء ما عليها من التزامات (بالوفاء أو ما يقوم مقامه أو بغيره)، ومتى تحقق ذلك دخلت فى ذمة الورثة كلاً بقدر نصيبه المقدر. ومعنى هذا أنه، وإن كانت واقعة موت السلف تعد سبباً لاكتساب الخلف ملكية أموال التركة، إلا أنها لا تشغل ذمته خالصة إلا من وقت زوال الحق العينى المقرر عليها للدائنين بانقضاء ما عليها من التزامات.

المطلب الرابع
أثر
بعض الأنظمة على التركة

33- لا جرم أنه يوجد فى دائرة المعاملات المالية بعض الأنظمة القانونية التى تتطلب بيان أثرها على التركة والحقوق العالقة بها . ومن أمثلة هذه الأنظمة الشرط المانع من التصرف، والبيع مع الاحتفاظ بحق الملكية، والشيك.

ونتناول بحث هذه الأنظمة من خلال الأفرع التالية:

([72]) نقض 451/ 29ق، فى 19 نوفمبر سنة 1964، س 15، ص 1052 (منشور بمؤلف أ/ أحمد نصر الجندى، مبادئ القضاء الشرعى فى خمسين عاماً - المجلد الأول - ط 2، دار الفكر العربى، القاهرة سنة 1398هـ/ 1978م) جاء فيه "ورثة المدين –باعتبارهم شركاء فى تركته كل منهم بحسب نصيبه- إذا أبدى واحد منهم دفاعاً مؤثراً فى الحق المدعى به على التركة كان فى إبدائه نائباً عن الباقين فيستفيدون، وذلك لأن التركة منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة وللدائنين عليها حق عينى بمعنى أنهم يتقاضون منها ديونهم قبل أن يؤول شئ منها للورثة وبصرف النظر عن نصيب كل منهم فيها".

الفرع الأول
أثر
الشرط المانع
على حقوق التركة

34- لا جناح أن المشرع سمح للإرادة أن تضع قيوداً على مباشر المالك للسلطات التى يخولها له حق الملكية؛ ومن أهمها شرط المنع من التصرف الذى تضعه الإرادة عندما تقوم مصلحة مشروعة للمتصرف فى أن يشترط على المتصرف إليه؛ وهو ي نقل له حق ملكية الشىء المتصرف فيه؛ ألا يتصرف فى هذا الحق خلال مدة معينة؛ أى لا ينقله إلى غيره خلال هذا الأجل.

غير أنه لم يكن من السهل أن تتقبل الأفهام ما يخالف المبادئ الراسية والأعراف الراسخة، فكيف يكون للشخص حق ملكية على شىء معين وهو مسلوب سلطة التص رف فيه ! !، فهذا الأمر يجمع بين الشىء ونقيضه فى آن واحد ([73]).

ولقد اختلفت الأفهام، فى ظل الأنظمة القانونية المختلفة، بين مبطل ومجيز بشروط التأقيت ومشروعية الباعث ([74]). والإجازة المشروطة هى التى أخذ بها القانون المدنى الحالى فقنن أحكام القضاء فى هذا الشأن ([75]) فيما صاغه فى نص [المادة (823) مدنى ([76])] ([77]).

([73]) يقول ابن تيمية -رحمه الله - فى الفتاوى، ج3، ص 342 وما بعدها "أن العقد إذا كان له مقصود يراد فى جميع صوره، وشرط فيه ما ينافى ذلك المقصود فقد جمع بين المتناقضين، بين إثبات المقصود ونفيه، فلا يحصل شئ ومثل هذا الشرط باطل بالاتفاق، بل مبطل للعقد عندنا ".

([74]) لمزيد من البيان حول هذه المسألة أنظر مؤلفنا المفيد فى أحكام حق الملكية، تحت عنوان "شرط المنع من التصرف " مكتبة جامعة طنطا، طنطا، سنة 1418هـ.

([75]) مجموعة الأعمال التحضيرية —مذكرة المشروع التمهيدى — ج 6، ص 76.

([76]) تنص المادة (823) مدنى على أنه "1- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف فى مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن

وفى ضوء ذلك يمكن تعريف الشرط المانع بأنه **"شرط إرادى يسلب المالك سلطة التصرف مؤقتاً لباعث مشروع"**.

وبناء على ذلك فإن هذا الشرط لا يكون صحيحاً ومنتجاً لآثاره إلا إذا توافرت فيه شروط معينة نذكرها على التوالى:

الشرط الأول - أن يكون مصدر هذا الشرط تصرفاً قانونياً (إرادية الشرط).

الشرط الثانى - أن يكون الشرط مبنياً على باعث مشروع (مشروعية الباعث).

الشرط الثالث - أن يكون المنع من التصرف مؤقتاً (تأقيت المنع).

فمتى توافرت مثل هذه الشروط فى شرط المنع من التصرف أصبح صحيحاً ونافذاً ومنتجاً لآثاره . وعندئذ فهل لهذا الشرط ، إذا تعلق بأحد أعيان التركة، تأثير على حقوقها ؟ أم لا ؟ فمثلاً لو كان المتصرف اشترط على المتصرف إليه عدم التصرف فهذه العين وتوفى الأخير قبل انقضاء الشرط بانقضاء مدته . وبديهياً لا يدخل فى ذلك الشرط الذى ينقضى بموت المتصرف إليه. فمثل هذا الشرط قد انقضى بتحقق واقعة موته.

نتناول الإجابة عن هذا التساؤل من خلال النقاط التالية :

مبنياً على باعث مشروع، ومقصوراً على مدة معقولة. 2- ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير . 3- والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير".

([77]) تنص المادة (1028) من القانون المدنى الأردنى على أنه "ليس للمالك أن يشترط فى تصرفه عقداً كان أو وصية شروطاً تقيد حقوق المتصرف إليه، إلا إذا كانت هذه الشروط مشروعة، وقصد بها حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير، ولمدة محدودة".

أولاً - أثر الشرط المانع على حق الخلافة

35- نعلم أن غاية هذا الشرط هو منع التصرف تحقيقاً لمصلحة مشروعة. فهل ذلك يحول دون انتقال الملكية بالخلافة؟ وهل هذا الانتقال يترتب عليه انقضاء الشرط؟.

نتناول الإجابة عن ذلك فيما هو آتٍ من نقاط.

الشرط المانع لا يحول دون انتقال الملكية بالخلافة

36- لا جرم أنه فى ضوء أحكام الشرط المانع يتضح أن تحقق واقعة الموت، وإن كان يترتب عليها انتقال ملكية الشئ محل هذا الشرط إلى الخلف، إلا أنها لا تعد من قبيل التصرف . بل تعد واقعة مادية يترتب عليها نقل الملكية بالخلافة من السلف إلى الخلف . فمتى توفى الأول انتقلت تركته إلى الثانى وفقاً ما تقضى به أحكام الشريعة الإسلامية.

الملكية تنتقل بالخلافة مثقلة بالشرط المانع

37- إذا كانت ملكية العين، الممنوع التصرف فيها، تنتقل بالخلافة. غير أن هذا الانتقال لا يترتب عليه انقضاء الشرط المانع ولا المصلحة التى تتحقق من خلاله. بل تنتقل إلى الخلف مثقلة به؛ ويجب عليه الوفاء بما كان يلتزم به سلفه تجاه المشترط (المتصرف) أو الغير الذى تقرر الشرط حماية لمصلحة له؛ ولا يجوز للخلف التصرف فى الشئ تصرفاً على غير مقتضى الشرط المانع؛ طالما أنه لم ينقض بعد. وفى ذلك تطبيقاً لما تقضى به القواعد العامة فى هذا الشأن [المادة (145) مدنى ([78])]. لأن الموت ما جعل مبطلاً للحقوق.

([78]) تنص المادة (145) مدنى على أنه "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام".

وبناء على ما تقدم يتضح أن الشرط المانع لا يحول دون انتقال ملكية الشئ محله بالخلافة. وأن هذا الانتقال لا يترتب عليه انقضاء هذا الشرط إلا إذا كانت المدة المحددة له هى مدى حياة المتصرف إليه.

ثانياً - أثر الشرط المانع على حق الدائنية

38- نعلم أن تحقق واقعة موت المدين يترتب عليه انتقال حق الدائنية من ذمته المالية التى أضعفها الموت إلى تركته ليعلق بماليتها . وأن شرط المنع من التصرف لا يحول دون انتقال الملكية بالخلافة، لأنه لا يعد من قبيل التصرف، ومن ثم لا يدخل فى نطاق هذا المنع . وأن التركة المدينة تنتقل ملكية أموالها إلى الخلف مثقلة بما عليها من التزامات. وهذا يعنى أن العين محل الشرط المانع تنتقل إلى الورثة محملة بهذا الشرط ومثقلة بحق الدائنية.

بيد أنه يمكن القول من الناحية النظرية أن هذا الشرط لا يؤثر على حق الدائنية طالما أن العين لم تنتقل ملكيتها إلى الغير وكل ما فى الأمر أن دورها لا يتعدى ضمان الوفاء بهذا الحق.

غير أنه من الناحية العملية تثار مشكلة اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبرى والبيع بالمزاد للوفاء بدين التركة. فهذا التنفيذ سوف يصطدم بشرط المنع من التصرف؛ لأن ما لا يجوز التصرف فيه لا يجوز الحجز عليه ولا بيعه بالمزاد.

وفى ضوء ما تقدم يتبين أن لشرط المنع من التصرف أثر هام على حقوق دائنى التركة بحيث يصعب التنفيذ على العين محل هذا الشرط وفاءً لهذه الحقوق. إلا إذا انقضى هذا الشرط بانقضاء مدته فتتحرر منه العين ويصبح التصرف فيها جائزاً ومن ثم الحجز والبيع بالمزاد.

الفرع الثانى
أثر
الاحتفاظ بالملكية

على حقوق التركة

39- بادئ ذى بدء نعرج على نظام البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية ونقفى ذلك ببيان أثر هذا النظام على حقوق التركة من خلال النقاط التالية:

أولاً - ماهية البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية

40- لا جرم أن القانون المدنى قد نص من خلال مادته (1/430) ([79]) على جواز اشتراط البائع الاحتفاظ بملكية الشئ المبيع الذى قام بتسليمه للمشترى. وورد حكماً مشابهاً بقانون التأجير التمويلى فى حالة شراء المستأجر للمال المؤجر ([80]). بمعنى أن البائع بالرغم من إبرام عقد البيع الذى يعد من أهم العقود الناقلة للملكية وتنفيذ التزامه بالتسليم؛ إلا أنه يستطيع الاحتفاظ بحق الملكية؛ ولا ينقله إلى المشترى إلا إذا قام بالوفاء بالثمن كاملاً. وبديهياً أن ذلك يتم فى شأن البيوع المؤجل فيها الثمن أو المنجم؛ أى التى تكون فيها قدر من الائتمان للمدين (المشترى) وشرط الاحتفاظ بالملكية يحقق قدر من الضمان للدائن (البائع).

([79]) تنص المادة (430) مدنى على أنه "1- إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشترى موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع. 2-........ 3-وإذا وفيت الأقساط جميعاً، فإن انتقال الملكية إلى المشترى يعتبر مستنداً إلى وقت البيع. 4- وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمى المتعاقدان البيع إيجاراً ".
وجاء بالمذكر الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 4، ص 49) ما يأتى "تجيز المادة [(1/430) مدنى] أن يشترط البائع، إذا كان الثمن مؤجلاً، أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفى الثمن حتى لو سلم المبيع قبل ذلك . وهذا ضماناً تلجأ إليه عادة الشركات التى تبيع سلعها بالتقسيط - كالآلات وعربات النقل والأراضى التى تباع بأثمان مقسطة . فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى الثمن أبلغ فى الضمان من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد انتقلت".

([80]) تنص الفقرة الثانية من المادة (12) من قانون التأجير التمويلى على أنه "وإذا اشترى المستأجر المال المؤجر فلا تنتقل ملكيته إليه إلا إذا قام بسداد كامل الثمن المحدد فى العقد".

والأصل أن البيع يعد تمليك متبادل بين طرفيه، أى أنه يوجب على كل طرف تمليك ما التزم به إلى الآخر. وإذا كان تمليك الثمن -عادة- يتم أولاً فإن تمليك المبيع قد يتوقف عليه بحيث يتبعه وجوداً وعدماً . ويرجع هذا الأمر - فى الغالب- إلى السبب كركن فى التصرفات الإرادية ولا سيما الملزمة للجانبين. لأن محل التزام كل منهما هو سبب التزام الأخر؛ بحيث يجوز القول بأنه لا يجبر شخص على الوفاء بالتزام لم يتوافر سببه. وسبب التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى هو وفائه بالثمن الذى هو محل التزام الأخير.

وغنى عن البيان أن مثل هذه البيوع تمنع المشترى من التصرف فى الشئ المبيع تصرفاً ناقلاً للملكية لأنها لم تنقل إليه أصلاً وفاقد الشىء لا يعطيه؛ فليس له بيعه أو هبته أو المقايضة عليه أو الإيصاء به؛ ولا ينتقل بالميراث إلى الورثة . وليس له - أيضاً- القيام بأعمال مادية تكون من شأنها هلاكه مادياً أو تحدث تغييراً جوهرياً فيه. ومع ذلك يظل للمشترى الحق فى استغلال الشئ المبيع استغلالاً مألوفاً واستعماله فيما أعد له.

ولا جرم أن احتفاظ البائع بحق ملكية الشئ المبيع يفيد أنه يظل تحت يده حق عينى على هذا الشئ يعطيه حق التقدم أو الأولوية ويخوله ميزة تتبعه تحت أى يد كان. فضلاً عن امتياز البائع سواء أكان المبيع عقاراً أم كان منقولاً.

وتدعيماً لذلك حظرت المادة (42) من القانون رقم 100 لسنة 1957 على المشترى التصرف فى المبيع قبل الوفاء بجميع الأقساط ويتعرض المشترى الذى يخالف هذا الحظر للعقوبة الجنائية المنصوص عليها فى المادة (45) من هذا القانون وهى الحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

غير أنه بالرغم من احتفاظ البائع بملكية الشئ المبيع المسلم للمشترى؛ إلا أن ذلك لا يخول الأول الحق فى استرداده طالما أن الثانى لم يخل بالتزاماته نحوه. إنما يصبح له هذا الحق عندما يتقاعس المشترى عن الوفاء بالثمن المؤجل أو المنجم الذى حل أجله.

ثالثا - أثر الاحتفاظ بحق ملكية المبيع على حقوق التركة

41- عرفنا أن هذا النوع من البيع يترتب عليه عدم انتقال ملكية المبيع إلى المشترى بمجرد العقد؛ بل يعلق ذلك على أمر آخر . وعلمنا أنه يترتب على تحقق واقعة الموت تعلق حق الخلف وحق الدائنية بالتركة . فإذا توفى المشترى بعد العقد وقبل الوفاء بالثمن المعلق على أدائه انتقال الملكية إليه؛ فهل لذلك أثر على حقوق التركة؟.

لا جرم أنه ليس للخلف أكثر مما كان للسلف . فإذا كان ليس للمشترى (المورث) حق ملكية على الشئ المبيع وكل ما له عليه هو سلطتى الاستغلال والاستعمال؛ فهاتان تنتقلان بالخلافة إلى ورثة المشترى ويلتزموا قبل البائع المحتفظ بالملكية بما كان يلتزم به المورث [المادة (145) مدنى].

أما بالنسبة لحق الدائنية الذى يعلق بمالية التركة فإنه ينعت بما كان ينعت به حق المشترى (المدين) على الشئ المبيع فإذا تحقق الشرط الواقف تعلق هذا الحق بمالية هذا الشئ، باعتباره عنصراً فى التركة، وإذا تخلف هذا الشئ لم يتحقق هذا التعلق.

الفرع الثالث
أثر الشيك
على حقوق التركة

42- لا جرم أن الغاية المرجوة من إصدار الشيك هى ذات الغاية التى تتحقق من حوالة الحق فى القانون المدنى وهى قيام الدائن بنقل حقه، الذى يشغل ذمة مدينه من علاقة قانونية ، إلى دائنه فى علاقة قانونية أخرى.

ففى ضوء ذلك هل لإصدار الشيك من تأثير على حقوق التركة ؟ للإجابة عن هذا السؤال نعرج على فكرة الشيك ونردفها ببيان أثر إصداره على هذه الحقوق.

أولاً - ماهية الشيك

43- لا جناح أن المشرع بعد أن فرغ من وضع أحكام تنظيم الكمبيالة والسند لحامله فى التقنين التجارى الجديد (17 لسنة 1999م)؛ تناول فى فصله الثالث تنظيم نوعاً أخراً من الصكوك تحت سمىّ "الشيك". وهذا على خلاف التقنين القديم الذى لم يضع لهذا الصك مسمى معين؛ حيث كان يطلق عليه "أوراق الحوالات الواجبة الدفع بمجرد الإطلاع عليه" [المادة (191) ق. تجارى قديم]. وعندما قام المشرع بإصباغ الحماية الجنائية على الشيك [المادة (337) عقوبات]؛ أختلف الرأى حول هل هذه الأوراق هى التى تنصرف إليها هذه الحماية؟ أم لا؟. ولقد حسمت محكمة النقض هذا الخلاف حيث قضت بأن هذه الحماية مقررة لهذه الأوراق دون غيرها ([81]).

تعريف الشيك

([81]) أنظر المواد (191 - 193) من التقنين التجارى القديم وحكم محكمة النقض محكمة النقض - جلسة 1947/1/2، الطعن رقم 99، سنة 15ق مجموعة الربع قرن، ج 1 قاعدة رقم 1 ص 326.

44- لا جرم أنه جرت محاولات فقهية وتشريعية ([82]) لتعريف الشيك؛ إلا أن التقنين التجارى الجديد لم يضع تعريفاً للشيك وهذا الأمر يحمد له

وفى ضـوء تلك المحاولات التشريعية والفقهية ([83]) فى تعريف الشيك، فإنه يمكن تعريفه بأنه:

([82]) أنظر على سبيل المثال القانون الفرنسى لسنة 1865 حيث جاء به Art.
1- le cheque est l` ecrit qui, sous la forme d` un mandat de paiment sert au tireur a` effectuer le retrait, a` son profit ou au profit d` un tiers, de tout ou partie de fonds portes au credit de son compte chez le tire et diponible.
وأنظر المادة الأولى من المشروع المصرى لقانون تنظيم إصدار الشيك لسنة 1982م، بأن "1- الشيك محرر يتضمن أمراً غير معلق على شرط ولا مضاف إلى أجل موجه إلى المسحوب عليه لدفع مبلغ محدد للمستفيد من حساب الساحب لدى المسحوب عليه ولا يعتبر المحرر شيكاً إلا إذا كان مسحوباً على بنك مسجل لدى البنك المركزى 2-....".
وأنظر كذلك قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات المتحدة رقم 18 لسنة 1993 قرر فى مادته (483) بأن "الشيك ورقة تجارية تتضمن أمراً صادراً من الساحب إلى المصرف المسحوب عليه بأن يدفع فى اليوم المبين فيه كتاريخ لإصداره مبلغاً معيناً من النقود لإذن شخص ثالث هو المستفيد أو لحامله".

([83]) د/ محمود نجيب حسنى، مدلول الشيك فى تطبيق المادة (337) من قانون العقوبات مجلة القضاة - يصدرها نادى القضاة - يناير /يونيه سنة 1984، عرفه بأن "الشـيك محـرر يتضـمن أمراً صادراً عن موقعه ويسمى "الساحب" وموجهاً إلى شخص آخر يسمى "المسحوب عليه" بأن يدفع من رصيده لديه مبلغاً محدداً من النقود بمجرد الطلب إلى شخص ثالث يسمى "المستفيد" أو لأمره أو للحامل أو للساحب نفسه".
وعرفه د/ محسن شفيق، القانون التجارى المصرى - الأوراق التجارية - ط 1، ص 688 ف 716، دار المعارف، الإسكندرية 1954 م. بأنه "هو محرر مكتوب وفق أوضاع شكلية استقر عليها العرف ويتضمن أمراً صادراً من شخص الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه بأن يدفع من رصيده الدائن لديه لأمره (أى لأمر الساحب ذاته) أو لأمر شخص آخر أو للحامل مبلغاً معيناً بمجرد الإطلاع على الصك "؛ وعرفه د / فتوح الشاذلى فى بحثه، الحماية الجنائية للشيك فى التشريع السعودى والقانون الوضعى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1990، ص12، فى ضوء المادة (91) من نظام الأوراق = =التجارية السعودى بأنه "محرر مكتوب بواسطته يصدر الساحب أمراً إلى المسحوب عليه الذى لا يمكن أن يكون إلا بنكاً بأن يدفع بمجرد الإطلاع مبلغاً معيناً للمستفيد أو لأمره".
وعرفه باقى الشراح بتعريفات متعددة، وإن اختلفت الأفهام فى صياغتها إلا أنها تتحد جميعاً فى تحديد طبيعة الشيك وبيان وظيفته فى أنه

" محـرر أحادى التاريخ يتضمن أمراً من الساحب للمسحوب عليه بدفع قيمته عند الإطلاع من رصيد حسابه إلى المستفيد ويجوز تداوله بالطرق التجاريـة [*]" .

ثانياً - أثر إصدار الشيك على حقوق التركة

45- لا جرم أن مقابل الوفاء [**] الذى يشغل ذمة المسحوب عليه [***] لحساب الساحب [****] تنتقل ملكيته إلى المستفيد [*****] بمجرد إصدار الثانى للشيك. وعندئذ فإن هذا المقابل لا يدخل فى تركة الساحب الذى توفى بعد هذا الإصدار حتى ولو لم يكن المستفيد قد قام بتحصيل قيمته من المسحوب عليه طالما أن إصدار الشيك كان سابقة لتحقق واقعة الموت.

يقوم مقام النقود فى الوفـاء (لمزيد من البيان أنظر فى ذلك د / أنور سلطان، أثر بطلان الشيك على مسئولية الساحب الجنائية، مجلة الحقوق السنة الأولى ص 477؛ ود/ أمين بدر، معنى الشيك فى خصوص المادة (337) عقوبات، مجلة مصر المعاصرة، سنة 45 عدد 275، ص 20؛ ود/محسن شفيق، القانون التجارى - الأوراق التجارية-ص688، القاهرة 1954؛ ود/ مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية، ص 297 سنة 1958م.

(*) الطرق التجارية التى يجرى تداول الشيك بواسطتها منها:
1- التظهير: إذا كان الشيك محرر لإذن المستفيد أو لأمره.
2- التسليم : إذا كان الشيك محرر لحامله.

(**) مقابل وفاء Provision (creance du tireur sur le banquier tire) وهو دين نقدى مساو على الأقل لقيمة الشيك يشغل ذمة المسحوب ع ليـه لحساب الساحب وقابل لنقل الحق فيه إلى الغير (المستفيد) بموجب الشـيك".

(***) والمسحوب عليه le tire : هو الشخص (المصرف) الذى وجه إليه الأمر بالدفع، وهو مدين للأول برصيد الحساب، ومدين للثالث بقيمة الشيك، وهو -غالباً ما يكون أحد المصارف.

(****) الساحب le tireur : هو الشخص الذى أصدر الشـيك، وهو دائن للثانى برصيد حسابه ومدين للثالث كأثر للعلاقة القانونية التى أعطى له الشيك وفاءً بما عليه من مديونية.

(*****) المســتفيد le beneficiaire : هو الشخص الذى حرر الشيك الذى يحمل الأمر بالدفع لصالحه، وهو دائن للأول ك أثر للعلاقة القانونية التى تمت بينهما، ودائن للثانى بقيمة الشيك.

غير أن مقابل الوفاء يدخل فى تركة المستفيد إذا توفى بعد إصدار الساحب شيكاً لحسابه. لأن هذا المقابل بمجرد إصدار الشيك يخرج من ذمة الساحب ويدخل ذمة المستفيد.

ففى ضوء ذلك يتبين أن قيمة مقابل الوفاء المدونة فى الشيك الذى أصدره الساحب لا يعد عنصراً فى تركته؛ ومن ثم فإنه لا تجرى فى شأنه الخلافة ولا يعلق بماليته حق الدائنية . غير أنه يعد عنصراً فى تركة المستفيد وتجرى فيه الخلافة ويعلق بماليتها حق الدائنية.

المبحث الثانى

أثر
الموت على الذمة المالية

46- بادئ ذى بدء نشير إلى أنه بات من المعلوم أن الذمة المالية Le patrimone [*] تعد من قبيل الأمر الافتراضى أو الاعتبارى؛ فهى افترضت أو اعتبرت لتكون محلاً للالتزام وللإلزام . أى لتكون محلاً لتعلق الحقوق والالتزامات بالشخص . وإذا كان الأمر على هذا النحو فهل يمكن أن يستمر هذا الاعتبار إلى ما بعد الوفاة ؟ لأن الأجل المحدد

(*) الذمة المالية، باعتبارها مجموعة معنوية مستقلة عن مكوناتها، تعد فكرة متطورة توصل إليها الفكرة القانونى فى الشرائع المختلفة بعد أن ظل شخص المدين ردحاً من الزمن ضامناً للوفاء بديونه فإلم يو ف بها جاز للدائن أن ينفذ على جسم مدينه وفاءً لدينه سواء بالاسترقاق أو القتل.
وتتصارع، حول مضمون فكرة الذمة المالية، نظريتان. إحداهما النظرية التقليدية التى تذهب إلى أقامت نوع من التلازم بين ذمة الشخص وشخصيته القانونية . وثانيهما نظرية التخصيص و هى تذهب إلى عدم التلازم بين الشخصية القانونية والذمة المالية. فترى أنه بمجرد تخصيص مجموعة من الأموال لتحقيق غرض معين فقد وجدت الذمة المالية يضمن جانبها الإيجابى جانبها السلبى دون الحاجة إلى أن تستند إلى شخص معين لوجودها (لمزيد من البيان حول هذه المسألة أنظر د/ حسام الدين كامل اللأهوانى، مقدمة القانون المدنى - نظرية الحق - ص249، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1972م؛ وأنظر –أيضاً –= =نقد هذه الفكرة جملة وتفصيلاً د/ إسماعيل غانم رسالته للدكتوراه من باريس).

لهلاك النفس البشرية ليس من مستلزماته استيفاء كافة الحقوق وانقضاء كل الالتزامات، بل قد يمتد ذلك إلى وقت آخر.

وفى ضوء ذلك هل يمكن القول بأن الذمة المالية، باعتبارها وعاء للحقوق والالتزامات، تبقى ببقاء المحتوى وتزول بزواله؟. بمعنى أنها لا تتلاش فى لحظة تحقق موت صاحبها؛ إنما تتلاشى بتفريغها من محتواها (الحقوق والالتزامات) بعد الوفاة. وبذلك تكون الذمة المالية كالإناء بالغ الشفافية لا يرى إلا بما فيه من مادة.

فلا غرو أن تكون الذمة المالية فى علاقتها بالشخص؛ كعلاقة الغصن بالشجرة فالغصن يستمد قوته من أصله فإذا انفصل عنه فلا يذبل إلا إذا فقد عنصر الماء الذى يختزنه؛ فإذا أصابه البخر ذبل الغصن وتيبس وأصابه النخر. فكذلك الذمة المالية تستمد قوتها من صاحبها؛ فإذا مات دب الضعف فيها حتى إذا فرغت مما كان يشغلها (الحقوق والالتزامات) تلاشت وانقضت.

ولما كا ن إيجابى الذمة المالية - حاضرة ومستقبله- ضامن للوفاء بسالبها ([84]) فى حال حياة صاحبها دون تعيين ذلك فى ماليتها. فإن موت المدين يجعل مالية التركة (الحقوق) قد تعين فيها الوفاء بكافة التزاماته . بمعنى أن الوفاء بهذه الالتزامات مقدم على اعتبار حقوق التركة محلاً لتنفيذ الوصايا والميراث.

فالموت ما جعل مبطلاً للحقوق؛ إنما هو ميقات للخلافة وعلامة على الوراثة ([85]). ولذلك فإن جميع الشرائع والقوانين قد أقرت مبدأ **"خلافة الوارث لمورثه "**؛ كما حرصت على أداء الحقوق لأربابها وأول هذه

([84]) تنص الفقرة الأولى للمادة (234) مدنى على أن "1- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه".

([85]) د/ محمد يوسف موسى، التركة والميراث فى الإسلام - مع مدخل فى الميراث عند العرب واليهود والرومان - بحث مقارن، ص 77، معهد الدراسات العربية العالية - جامعة الدول العربية، القاهرة، بدون تاريخ للنشر.

الحقوق فى الوفاء هى حقوق الدائنين متى توفى الشخص وذمته مشغولة بديون لم يوفها حال حياته ([86]).

ونتناول بحث هذه المسألة من خلال ما هو آتٍ من مطالب.

المطلب الأول

البقاء المؤقت للذمة المالية بعد الموت

47- يرى كثير من الفقهاء أن الذمة المالية للمدين تبقى - بعد وفاته- حتى تسدد ديونه وتنفذ وصاياه. بل ذهبوا إلى إمكانية أن تثبت لهذه الذمة حقوق جديده وتتحمل بالتزامات بعد الوفاة لم تكن ثابتة قبلها متى كان قد باشر أسبابها حال حياته.

أولاً - مباشرة الأسباب حال الحياة وتحقق النتائج بعد الموت

48- قد يباشر الإنسان الأسباب - حال الحياة- وتترتب عليها نتائجه ا (الإيجابية أو السلبية) بعد الممات.

1 - النتائج الإيجابية

إذا باشر الإنسان - حال حياته- أسباب تكون من شأنها إكسابه الحقوق إلا أن نتائجها تحققت بعد وفاته؛ فإن مثل هذه الحقوق تعد من عناصر الجانب الإيجابى لذمته المالية تستوفى منها ديون التركة وتنف ذ فيها الوصايا والإرث.

فمن أمثلة ذلك نصب شباك الصيد، فى البر أو البحر، حال الحياة ووقوع الصيد بها بعد الممات. وإرسال كلب للصيد حال الحياة وأمسك

([86]) د/ محمد يوسف موسى، مرجع (85)، ص 87.

عليه ([87]) بعد الوفاة . وكإجراء عالم لتجارب علمية تتعلق بتفاعلات العناصر المختلفة طبيعية أو صناعية، وتوفى قبل أن تنجلى نتائجها، فإن انجلائها بعد وفاته أضحى جانبها المادى عنصراً فى ذمته المالية، وحمل جانبها المعنوى أسمه.

2 - النتائج السلبية

متى باشر الشخص حال حياته الأسباب التى - من شأنها- أن تحمله بالالتزامات؛ إلا أن نتائجها لم تتحقق إلا بعد الممات . فإن مثل هذه الالتزامات تعد من عناصر الجانب السلبى لذمته المالية ويتم الوفاء بها من أموال التركة وحقوقها المالية ومقدمة فى ذلك على نفاذ الوصايا والإرث.

فمن أمثلة هذه الالتزامات الحفر فى الطريق العام فتردى فيها إنسان أو حيوان بعد وفاته فوجب فى ذمته الدية التعويض أو الضمان ([88]).

ولقد أخذ قانوننا المدنى بهذه الفكرة فى حالة موت من صدر عنه تعبير عن الإرادة؛ حيث لم يجعل لهذا الموت ولا لفقدان الأهلية من أثر على هذا التعبير ورتب عليه أثره متى اتصل بعلم من وجه له ([89]).

ثانياً - أحوال الذمة المالية

49- هذه الذمة، وإن كانت وعاء مستقل عن محتواه، إلا أن أحوالها تتغاير تبعاً لتغاير محتواها على الوجه التالى:

([87]) أنظر قوله -سبحانه وتعالى- "يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم اذكروا اسم الله عليه اتقوا الله إن الله سريع الحساب" (المائدة، ج 6، آية 4).

([88]) الشيخ / محمد أبو زهرة، مرجع (3)، ص 17، ف 13.

([89]) تنص المادة (92) مدنى على أنه "إذا مات من صدر عنه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل".

1 - الذمة المالية خالية الجانبين

هذه الذمة هى التى يخلو جانبها الإيجابى من الحقوق وجانبها السلبى من الالتزامات، فهى وعاء بدون محتوى، ولذلك فهى تنقضى فور موت صاحبها.

2 - الذمة المالية مشغولة الجانبين

هذه الذمة هى التى يكون جانبها الإيجابى مشغول بالحقوق وجانبها السلبى مشغول بالالتزامات، أى وعاء مملوء بمزجين، وهنا نستعرض الحالات التالية:

الحالة الأولى -الذمة المالية متعادلة الجانبين . أى التى تكون حقوقها تساوى التزاماتها. فهذه الذمة تنقضى بالوفاء بالتزاماتها وليس لها تركة تنفذ فيها الوصايا أو الإرث.

الحالة الثانية-الذمة المالية التى يرجح جانبها الإيجابى جانبها السلبى ؛ أى أن الحقوق تفوق الالتزامات . فهذه الذمة تنقضى بالوفاء بالتزاماتها والباقى من الحقوق يعد تركة تنفذ فيه الوصايا فى حدود الثالث ويورث الثلثين للورثة.

الحالة الثالثة -الذمة المالية التى يرجح جانبها السلبى على جانبها الإيجابى ؛ أى أن الالتزامات تفوق الحقوق . فهذه الذمة – كذلك – تنقضى بمجرد الوفاء بالتزاماتها بواسطة المحاصة أى بقسمة أموال المدين قسمة غرماء . وبديهياً أنه ليس لهذه الذمة تركة تنفذ فيها الوصايا أو تورث. ولا يتحمل الخلف فى أموالهم الخاصة أى من التزامات السلف. لأن الذمة المالية للأول ليست امتداداً للذمة المالية للثانى فلكل منهما ذمته المستقلة.

المطلب الثانى
زوال
الذمة المالية بالموت

50- الذمة الماليةٍ، باعتبارها مجموعة معنوية مستقلة عن مكوناتها، كان افتراضها من أجل تعلق الحقوق والالتزامات بالشخص ([90]). فهذه الوضعية تثير تساؤلاً عن مدى الارتباط بين الشخص وذمته المالية؟ ولا سيما أن هذه الذمة -كقاعدة عامة- لا تقوم إلا مستندة لشخصية قانونية وهذه لا تثبت للشخص إلا حال كينونته؛ سواء أكان شخصاً طبيعياً (من ميلاده إلى مماته) أم كان شخصاً اعتبارياً (من نشأته إلى انقضائه).

وللإجابة عن التساؤل السابق نستعرض الآراء التى حاولت تحديد مضمون الذمة المالية وعلاقتها بالشخصية القانونية ([91])..

الفرع الأول

فكرة الذمة المالية

51- لا غرو أن يكون للتطور التاريخى للظواهر الاجتماعية تأثره على الفكر القانونى فتتوالد نظرياته المختلفة تباعاً . ولا سيما فى علاقة الذمة المالية بصاحبها ففى بادئ الأمر كان شخص المدين ضامناً للوفاء بما عليه من التزامات فإذا لم يوف بها جاز للدائن أن ينفذ على جسم مدينه باسترقاقه أو بقتله... الخ.

ولما كان ذلك يتعارض مع كرامة الإنسان تم الفصل بين شخص المدين ودينه؛ بأن جعل له ذمة مالية تضمن الوفاء بما عليه من التزامات. وفى تطور لا حق أضحى من الممكن أن تتعدد الذمم المالية للشخص تبعاً لتعدد الأنشطة التى يمارسها.

ونتناول فيما هو آتٍ من نقاط النظرية الشخصية ونظرية التخصيص

([90]) Jean Chevalier et Louis Bach , droit civil , 1er , annee , tome 1 10e Edition , editions Siery , 1989 , p. 39.

([91]) لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع أنظر د / حسام الدين كامل اللآهوانى، مقدمة القانون المدنى - نظرية الحق - ص 251 وما بعدها دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1972؛ ود/ أحمد سلامة، المدخل = =لدراسة القانون، ص 172، ف 111 وما بعدها، ط 5، مكتبة عين شمس، القاهرة، بدون تاريخ.

أولاً - نظرية الشخصية

52- هذه النظرية قال بها الفقيهان الفرنسيان Aubry et Rau وهى تربط ربطاً لازماً بين الذمة المالية والشخصية القانونية على نحو يكادا يختلطان فى المفهوم؛ فالأولى تدور مع الأخرى وجوداً وعدماً باعتبارها الوعاء الذى يحتوى على حقوق الشخص والتزاماته فى الحاضر والمستقبل.

ولما كانت الشخصية القانونية توجد منذ كينونة الشخص الطبيعى بالميلاد أو الشخص الاعتبارى بالإنشاء؛ وتزول بالانقضاء بموت الأول أو بحل الثانى . فإن الذمة الم الية توجد بوجود هذه الشخصية وتزول بزوالها.

ومن نتائج هذا الارتباط الوثيق بين الذمة والشخصية أنه ليس للشخص إلا ذمة مالية واحدة. بمعنى أن منطق هذه النظرية لا يقبل مسألة تعدد الذمم للشخص الواحد. فى حين أن الواقع يخالف هذا المنطق ([92])؛ فالتاجر مثلاً قد يجد من مصلحة أن يخصص ذمة مالية لأعماله التجارية تكون منفصلة عن ذمته العادية وفى ذلك تأمين لأسرته من إفلاس أعماله التجارية.

ثانياً - نظرية التخصيص

53- هذه النظرية أدلى بها الفقه الألمانى ووجدت صدى فى الفقه والتشريع الفرنسى ([93]) وهى تقوم على معارضة لفكرة التلازم بين الذمة

([92]) Pierre Voinn , manuel - droit civil , tome 1. 24e Edition par Gilles Goubeaux , p. 28, No. 40.

([93]) La loi Francaise No. 25-697 du juillet 1985 “ relative a` l` entreprise unipersonnelle a` responsabilite` limitee et a` l` exploitation agricole a` responsabilite` limites. En realite` , cette loi n` ecarte pas le principe de l` unite` du partimoine celui de la societe` unipersonnelle creee.

المالية والشخصية القانونية. فمن المتصور وجود ذمة مالية دون أن تستند إلى شخص معين. لأن جوهر فكرة الذمة المالية هو تخصيص مجموعة من الأموال لتحقيق غرض معين؛ فمتى تم ذلك وجدت ذمة مالية تضمن عناصرها الإيجابية عناصرها السلبية دون أن تستند إلى شخص معين فى وجودها.

وأهم نتيجة تترتب على ذلك هو إمكانية تتعدد الذمم المالية للشخص الواحد ومع استقلالية كل منها عن الأخرى ([94]). فمثلاً يمكن أن يكون للشخص ذمة مالية صناعية وذمة مالية تجارية وتكون كل منها مستقلة عن الأخرى ولا يضمن عناصر الجانب الإيجابى لإحداهما عناصر الجانب السلبى للأخرى . فلكل منهما لها عناصرها الإيجابية والسلبية المستقلة عن الأخرى.

ومشرعنا لم يفصح عن أخذه بنظرية دون الأخرى وإن كان ركز على النظرية الشخصية وأخذ فى بعض الحالات بنظرية التخصيص..

أثر الموت على الذمة المالية فى ضوء هاتين النظريتين

54- واضح مما سبق أن هناك اختلاف بين النظرية الشخصية والنظرية التخصيصية يدور حول مدى ارتباط الذمة المالية بالشخصية القانونية . فما هو أثر الموت على الذمة المالية فى ضوء هاتين النظريتين؟.

1- أثر الموت على الذمة المالية فى ضوء النظرية الشخصية

علمنا أن هذه النظرية أقامت نوعاً من التلازم بين ذمة الشخص المالية وبين شخصيته القانونية . ولما كانت الأخيرة تزول بموت صاحبها؛ فإن هذا الزوال يترتب عليه انقضاء الأولى بذات السبب وفى وقته؛ نظراً للارتباط الوثيق القائم بينهما . ومؤدى ذلك أن يتعلق الجانب السلبى للذمة المالية بجانبها الإيجابى. لأن الموت تثبت به حقيقتان:

([94]) MAZEAUD. Lecons de droit civil - introduction a` l` etude du droit - 10e Edition, par Francois ChABAS, p. 386. No. 388. MONTCHRESTIEN. Paris. 1991.

الأولى-العجز المطلق الذى يجعل ذمة الميت غير صالحة لتعلق الحقوق بها فتصير الديون التى كانت متعلقة بها متعلقة بتركته.

الثانية-خلافة الوارث للمورث فى تركته.

2 - أثر الموت على الذمة المالية فى ضوء النظرية التخصيصية

هذه النظرية على عكس سابقتها حيث لا تقم تلازم بين الذمة المالية والشخصية القانونية وترى من الممكن قيام الأولى دون الاستناد إلى الثانية. بمعنى أنها تربط بين الذمة المالية وبين مجموعة الأموال التى خصصت لغرض معين. وفى ضوء ذلك فإن هذه الذمة تبقى ببقاء هذه الأموال حتى فى حالة موت صاحبها؛ طالما أن مجموعة الأموال لم يتم توزيعها بين الخلف.

الفرع الثانى
وقت
انتقال الملكية بالخلافة

55- لا جرم أن البحث عن وقت انتقال الملكية بالخلافة لا محل له إذ لم تكن الذمة المالية للسلف مشغولة بالدين. فملكية أموال التركة، إذا كانت الذمة المالية ليست مشغولة بمثل ذلك، تنتقل إلى خلفه من وقت تحقق موت سلفه حقيقة أو حكماً ولا خلاف فى ذلك.

غير أن الخلاف فى الرأى قد دب فى شأن التركة المدينة.

- فذهب رأى إلى التفرقة بين الذمة المستغرقة بالدين و الذمة غير المستغرقة. فبالنسبة للأولى فلم يعتبر هذا الرأى أن هناك تركة من أصله؛ حتى تنتقل ملكيتها إلى الخلف. وبالنسبة للثانية قال بأن ملكية أموال مثل هذه التركة لا تنتقل إلى الخلف إلا بعد سداد الديون (وهو الرأى الغالب للأحناف ومن وافقهم).

- وذهب رأى آخر إلى أن هذه الملكية تنتقل إلى الخلف، من لحظة تحقق الوفاة، مثقلة بالديون. ولا تكون خالصة له إلا بعد سداد الديون (وهو رأى الشافعية ومن وافقهم) ([95]).

النتائج المترتبة على تعدد الآراء حول هذه المسألة

56- لا غرو أن تتعدد الآراء الفقهية حول انتقال ملكية التركة المدينة بالخلافة؛ نظراً للتصادم الذى قد يقع على مالية التركة بين حق الدائنية وحق الخلافة، ولا سيما وأنه ليس للأول من حق فى المال الخاص للخلف. فمن ثبت لديه أولوية الحق الأول قال بعدم انتقالها بالخلافة إلا من وقت انقضاء ما عليها من التزامات. ومن ثبت لديه أولوية الثانى قال بانتقالها بمجرد تحقق واقعة الموت مثقلة بالحق الأول.

وهذا الخلاف ليس خلافاً نظرياً لا تترتب عليه نتائج عملية. بل تترتب عليه بعض النتائج؛ لأنه -فى الغالب- يقع اختلاف بين وقت وفاة المدين ووقت الوفاء بما على التركة من التزامات. ولما كان للزمن دور هام فى نماء الأشياء وأن ذلك يتطلب بعض المؤونة وأمور أخرى . فإن الخلاف حول تحديد وقت انتقال التركة بالخلافة يترتب عليه النتائج التالية:

1 - نماء التركة

لا جناح أنه إذا وجد فارق زمنى بين وقتى وفاة الشخص والوفاء بما عليه من التزامات؛ فإن ذلك يترتب عليه نماء للتركة عن طريق الريع الدورى كإثمار الشجر وتحصرم الزروع وأجرة الدور والأراضى...الخ. فعلى الرأى القائل ببقائها على ملك السلف يتبع هذا النماء الأصل ويدخل فى مشتملات التركة ولصاحب حق الدائنية التنفيذ على التركة ونمائها سواء بسواء.

2 - مؤونة التركة

([95]) لمزيد من البيان حول هذه المسالة وتحرير الخلاف فى شأنها، أنظر فضيلة الشيخ / محمد أبو زهرة، مرجع (3)، ص 23، ف 17.

لا شك فى أن مكونات التركة تتطلب بعض النفقات كمؤونة حفظها وصيانتها. فعلى الرأى القائل ببقاء التركة المدينة على ذمة السلف فإن مثل هذه النفقات تكون على التركة . وعلى الرأى القائل بانتقال ملكيتها بالخلافة فى وقت وفاة السلف؛ فإن مؤونة التركة على الخلف لأنه مالك والمالك يتحمل تبعات ما يملك.

3 - التصرف فى التركة وقسمتها

لا جرم أن تحقق واقعة الموت يعد أحد الأسباب الناقلة للملكية بالخلافة . وعندئذ فإنه يكون للخلف الحق فى التصرف فى التركة وقسمتها، إلا أن هذا ليس على إطلاقه؛ فالرأى ا لقائل ببقاء التركة على ملك السلف لم يعط للخلف مثل هذا الحق إلا من وقت الوفاء بما عليها من التزامات. أما الرأى القائل بانتقالها بالخلافة يعطى للخلف هذا الحق حتى لو لم يوف بالتزاماتها.

ولقد ذهبت بعض أحكام القضاء ([96]) إلى إظهار وجه الخلاف الفقهى حول وقت انتقال الملكية بالخلافة ورتب على كل رأى نتائجه.

([96]) حكم قضائى 48/391 س؛ مصر فى 13 نوفمبر سنة 1952، م ش 116/23 (منشور فى مؤلف أ / أحمد نصر الجندى، مبادئ القضاء الشرعى فى خمسين عاماً –المجلد الأول–ط 2– ص 168 (المبدأ 25)، دار الفكر العربى، القاهرة، سنة 1398هـ/ 1978م) جاء به "وحيث أنه وإن كان ثمة إجماع على أن للدائنين حقاً عينياً على التركة فإن الخلاف فى الرأى بين أئمة المذاهب حول تحديد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية للورثة والحقوق التى يخولها الشرع للدائنين ليس مجرد خلاف نظرى وذلك لاختلاف الحكم فى كلتا الحالتين ففى رأى الحنفية تتراخى ملكية الورثة إلى ما بعد وفاء الديون وإذا تصرف الوارث فى مال المورث قبل تحقق هذا الشرط وقع تصرفه باطلاً بل أن الورثة لا يجوز لهم أن يتقاسموا التركة لأنها لم تدخل فى مالهم المشترك حتى يحق لهم اقتسامها فهى لا تزال باقية فى ذمة المتوفى وعلى ملكه ما دام الدائنون لم يستوفوا ديونهم كاملة وما دام الموصى لهم لم يأخذوا ما أوصى لهم به وذلك كله نتيجة حتمية لما تفتق عنه ذهن أصحاب هذا المذهب من وجود ذمة للمتوفى مستقلة عن الورثة ولا قيام لهذا النتائج فى المذهب الآخر لأن أيلولة التركة إلى الورثة بمجرد الوفاة تجعلهم أصحاب الشأن فيها

فالنتائج المترتبة على عدم انتقال الملكية بالخلافة، إلا بعد الوفاء بما على التركة من التزامات، هى عدم جواز التصرفات الصادرة من الورثة فى شأن أموال التركة وليس لهم الحق فى إجراء القسمة النهائية لها؛ معللاً هذه النتيجة بأن التركة لازالت باقية فى ذمة المتوفى وعلى ملكه.

والنتائج المترتبة على انتقال الملكية بالخلافة بمجرد تحقق واقعة الوفاة هى جواز كافة التصرفات التى يجريها الورثة فى شأن أموال التركة ولهم الحق فى تقاسمها فى شكل الأنصبة المقدرة لكل منهم.

رأينا فى هذه المسألة

57- لا ريب فى أن الآراء التى أدلى بها أصحابها فى ذلك جديرة بالتقدير. ومع ذلك فإن الرأى الراجح هو القائل بانتقال الملكية بالخلافة من لحظة تحقق واقعة موت السلف؛ مثقلة بما تعلق بالتركة من التزامات. أى أن هذه الملكية لا تكون خالصة للوارث إلا من اللحظة التى تنقضى فيها كافة التزامات السلف (بالوفاء أو ما يقوم مقامه أو بغيره).

غير أن نماء التركة تكون لها ومئونتها عليها [97] ويدخل النماء مع الأصل فى ضمان الوفاء بالتزاماتها. لأن هذا هو شأن التركة فى الواقع العملى، سواء أكانت مدينة أم كانت ليست كذلك، وتجرى فيها القسمة بين أصحاب الحقوق عليها فى حالة التعدد. وبناء على ذلك فإنه يصبح للدائن حق الاعتراض على أى عمل يقوم به الوارث فى شأن أموال التركة أو حقوقها المالية وأن يعتبره غير نافذ فى مواجهته . ويجب النظر إلى الموت بالنسبة للتركة المدينة على أن ه يرتب ذات الآثار التى يرتبها تسجيل تنبيه نزع الملكية فى التأمينات العينية.

ولا غرو أنه يمكن القول بأنه يترتب على موت المدين النتائج الآتية:

يتصرفون بكافة التصرفات الشرعية التى للمالك ولا يحد من تصرفاتهم إلا ما للدائنين من حق عينى على مال التركة".

([97]) تنص الفقرة الثانية للمادة (880) مدنى على أنه "ونفقات التصفية تتحمله ا التركة ويكون لهذه النفقات حق امتياز فى مرتبة المصروفات القضائية".

النتيجة الأولى - تقرير حق عينى أصلى للخلف على أعيان التركة وماليتها.

النتيجة الثانية - تقرير حق عينى تبعى للدائن على مالية التركة [98] فى صورة حق امتياز.

المبحث الثالث
التعامل فى التركة
(فى الكتاب والسنة)

58- لا جرم أنه وردت نصوص بالكتاب والسنة تنظم التعامل فى التركة كأحكام الميراث وغيرها.

ونتناول بيان ذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول – التعامل فى التركة فى ضوء الكتاب.

المطلب الثانى – التعامل فى التركة فى ضوء السنة.

المطلب الأول

---

[98] قضت محكمة النقض فى الطعن رقم 56 لسنة 38 ق - جلسة 23 ديسمبر سنة 1973 (مجموعة أحكام النقض 24-1347-231) بأن " الأصل أن أموال المدين جميعها على ما جاء بنص المادة (234) من القانون المدنى ضامنة للوفاء بديون، وإذا كان ما ورد بالمادة الأولى من القانون رقم 513 لسنة 1953 من أنه " لا يجوز التنفيذ على الأرض = =الزراعية التى يملكها المزارع إذا لم يجاوز ما يملكه منها خمسة أفدنة، فإذا زادت ملكيته على هذه المساحة وقت التنفيذ جاز اتخاذ الإجراءات على الز يادة وحدها ". يعتبر استثناءً من هذا الضمان، فإنه شأن كل استثناء لا ينصرف إلا لمن تقرر لمصلحته وهو المدين وإذا كانت تركة المدين تعتبر منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم وللدائن حق عينى يخوله تتبعها لاستيفاء دينه منها بسبب مغايرة شخصية المورث لشخصية الوارث وكان حق الدائن فى ذلك أسبق من حق الوارث الذى تؤول له من التركة إلا الباقى بعد أداء الدين، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر، وحرم الدائن من اتخاذ إجراءات التنفيذ على أعيان التركة استناداً إلى أن للورثة بأشخاصهم إذا كانوا من الزراع أن يفيد كل منهم وقت التنفيذ على أموال التركة من الحماية المقررة بالقانون 513 لسنة 1953، قد خالف القانون.... ".

التعامل فى التركة
(فى ضوء الكتاب)

59- تعرضت الآيات القرآنية التى تناولت ترتيب الحقوق التى تعلق بالتركة فى معرض تناولها لأحكام المواريث وما يلحق بها مثل قوله - ﷻ - **".. من بعد وصية يوصى بها أو دين** ... ([99])". فالآيات الكريمة التى وردت بها هذه العبارة كانت صريحة فى تقديم الدين على كل من الوصية والميراث ([100]). ولما كانت قد صدّرت حديثها بالحديث عن أنصبة الميراث فكان من المنطق أن يأتى بعده ذكر الوصية وأن تختتمه بالدين.

فهذه الحقوق الثلاث أحدها أصيل واثنان عارضين؛ فالمنطق يقتضى تقديم الأصيل فى النص، لا فى الترتيب، وهو انتقال الحقوق إلى الورثة بالميراث؛ وتأخير العارض أو الطارئ وهو الدين والوصية . لأن كليهما التزام يشغل ذمة الشخص -حال حياته- أحدهما واجب النفاذ عند حلول أجله، سواء أكان حال حياة المدين أم كان بعد وفاته، والأخر مضاف - أصلاً - إلى ما بعد الموت.

فتقديمها للأصيل حتى لو كان هو الأخير فى المترتبة أمر منطقى. لأن العارض ليس من مستلزمات التركة؛ بمعنى أنه ليس كل تركة تكون محملة بدين أو وصية . إنما كل تركة - فى الغالب- يتعلق بها حقوق الميراث فوجب تقديمه على غيره.

بالإضافة إلى أن الأسلوب القرآنى - فى الغالب - يبدأ بما يرغب فى تثبيته فى عقيدة المخاطبين به؛ وهذا النهج هو المتبع فى تقرير أحكام المواريث حيث جعلها من حدود الله الموجبة لدخول الجنة للواقف عليها

([99]) أنظر النساء، ج 4، آية 11. وهذه العبارة القرآنية وردت فى مضمونها فى عدة مواضع عقب الحديث عن تحديد أنصبة المواريث المختلفة.

([100]) المنتخب فى تفسير القرآن الكريم - ط 12 - ص 108، تفسير الآية (11) من سورة النساء، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية القاهرة ربيع الثانى 1406هـ – يناير 1986.

ودخول النار للواقع فيها ([101]). فمثلاً أداء فريضة الحج فى الأصل لذكر الله -ﷻ- وشكره. ومع ذلك فإن السياق القرآنى بدأ بتقرير أمر إباحة تحصيل المنافع فى الحج وذلك لإزالة الشك الذى علق فى الأذهــان من محظورية تحصيلها؛ وأعقبه بالأصل وهو الذكر والشكر ([102]).

وكذلك الأمر فـى سورة الغاشية فلقد لفت المولى - ﷻ- النظر إلى مخلوقاته فبدأ بالإبل فالسماء فالجبال فالأرض ([103]). فى حين أن ترتيب الخلق يبدأ بالأرض فالجبال فالسماء ثم الإبل؛ لأن خلق الكائنات الحية يأتى فى مرحلة لاحقة لخلق الجمادات والأشياء التى يعتمد فيها على الغذاء؛ ولا سيما النباتات التى تعد مصدر كل الضروريات الحياتية لهذه الكائنات. ولما كانت خبرة من نزل الوحى بين ظهرانيهم بالإبل أكبر فبدأ بها.

وإن كانت فكرة أن شخصية الوارث هى امتداد لشخص مورثه لا وجود لها فى شرائع الشرق، إلا أن لها صدى فى مجال الأموال، بمعنى أن هذه الأموال تنتقل من السلف إلى الخلف . فالأصل، بهذا الاعتبار أن تركة الميت تنتقل إلى ورثته؛ واستثناءً من ذلك هو تقديم وفاء الدين ونفاذ الوصية وتأخير حقوق الورثة له ما يبرره . لأن الالتزام بهما قد أوجد

([101]) أنظر قوله - ﷻ - " تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجرى من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم۝ ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين " (النساء ج4، آية 13-14).

([102]) أنظر قوله - ﷻ - " وأذن فى الناس بالحج يأتوك رجالاً وعلى كل ضامر يأتين من كل فج عميق ۝ ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله فى أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الأنعام فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير " (الحج، ج 17، آية 27-28).

([103]) أنظر قوله - ﷻ - " أفلا ينظرون إلى الإبل كيف خلقت ~ وإلى السماء كيف رفعت ۝ وإلى الجبال كيف نصبت ~ وإلى الأرض كيف سطحت " (الغاشية، ج 30، آية 17-20).

سببه صاحب التركة حال حياته، وفى ذلك انصراف نيته ضمنياً إلى انتقاص حقوق ورثته بمقدار ما التزم به.

ولا جناح أن فقهاء المسلمين متفقون على أن الدين مقدم على الوصية لما روى عن الإمام على بن أبى طالب -رضي الله عنه- أنه قال : إنكم تقرءون هذه الآية (من بعد وصية يوصى أو دين) وأن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قضى بالدين قبل الوصية ([104]). ثم أن الدين هو ما وجب فى الذمة بدلاً عن شئ آخر على سبيل المعاوضة؛ بينما أن الوصية تبرع محض . ولا شك فى أن الواجب يلزم أداؤه قبل التبرع ([105]).

وجاء فى كتاب بدائع الصنائع ([106]) "وعلى هذا الأصل يخرج تقديم الدين على الوصية والميراث؛ لأن الميراث حق وضع فى المال الفارغ عن حاجة الميت فإذا مات وعليه دين مستغرق للتركة والتركة مشغولة بحاجته فلم يوجد شرط جريان الإرث... وقدم الدين على الميراث سواء كان دين الصحة أو دين المرض لأن الدليل لا يوجب الفصل بينهما ".

دلالات لفظة عبارة "من بعد"

60- عبارة ***"من بعد*** [*] " الواردة بالآيات الكريمة قد تفيد تعين المحل الذى تنتقل فيه الملكية بالخلافة؛ وقد تفيد الزمان الذى تنتقل فيه هذه الملكية؛ وقد تفيدهما معاً.

([104]) الدرارى المضية شرح الدرر البهية للإمام الشوكانى، ج2، ص 267.

([105]) د/ أحمد على الخطيب، موجز أحكام الميراث فى الفقه الإسلامى والقانون العراقى، ط3، ص 45، مطبعة جامعة بغداد، سنة 1398هـ / 1978م.

([106]) كتاب بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع، للكاسانى، ج 7، ص 226، دار الكتاب العربى، بيروت – لبنان.

(*) عبارة "من بعد" وردت أربع مرات فى سورة النساء التى تناولت أحكام المواريث . أنظر فى ذلك المغفور له /محمد فؤاد عبدالباقى، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، ص 160، مادة "بعد " دار الحديث، القاهرة. فجازاه الله -سبحانه وتعالى- خير الجزاء على العلم النافع الذى تركه لنا فى هذا المؤلف القيم.

تعيين محل انتقال الملكية بالخلافة

عبارة "***من بعد*** " قد تفيد تعيين محل انتقال الملكية بالخلافة لأنها تقرر الآتى:

1- أن التركة المستغرقة بالديون لا تنتقل للورثة بالخلافة مطلقاً ([107]).

2- أن التركة غير المستغرقة بالديون لا ينتقل منها، إلى الورثة، إلا ما يجاوز قيمة هذه الديون العالقة بها. بمعنى أن هناك جزء من التركة لا يتعلق به حق الورثة؛ نظراً لتعلق حق الدائنية به . وهذا التعلق . فضلاً عن كون صاحب التركة هو الذى أوجد أسبابه؛ فإن له الأسبقية فى التاريخ على تعلق الحق الأول بها. ومن ثم يعد نوعاً من الحجب لهم فيما يتعلق بهذا الجزء ([108]).

تعيين وقت انتقال الملكية بالخلافة

عبارة "***من بعد*** " قد تفيد تعيين الزمان لأنها تقرر أن التركة لا تنتقل إلى الورثة بالخلافة، سواء أكانت مستغرقة بالديون أم كانت غير مستغرقة، إلا بعد سداد ما علق بها من التزامات . بمعنى أن الملكية لا تنتقل خالصة إلى الورثة؛ إلا من الوقت الذى يتم فيه انقضاء هذه

([107]) أنظر فى هذا المعنى فضيلة الشيخ / محمد أبو زهرة، مرجع (3)، ص 21، ف 15.

([108]) أنظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تأليف على حيدر، ص 173، ط 1، دار الكتب العلمية بيروت، سنة 1411هـ / 1991م. جاء به "فعليه إذا كان الدين محيطاً بالتركة فلذلك يمنع الورثة من تملك التركة أما إذا كان غير محيط أى كانت التركة أزيد من الدين فيمنع تصرف الورثة بالتركة".

الالتزامات (وفاءً أو ما يقوم مقامه كاتحاد الذمة أو بـغير الوفاء كالإبراء ([109]) وغيره).

تعيين محل انتقال الملكية بالخلافة وزمانها معاً

عبارة ***"من بعد"*** قد تفيد تعيين المحل والزمان معاً. بأن لا ينتقل إلى الورثة من التركة إلا ما تجاوز الجزء الذى علق به الدين؛ وأن هذا الانتقال لا يتم إلا بعد سداد هذا الدين. وهذا ما تنص عليه [المادة (899) مدنى ([110])].

المطلب الثانى
التعامل فى التركة
(فى ضوء السنة)

61- لا جناح أنه وردت عدة أحاديث نبوية تضع أحكاماً تنظم مسألة انتقال أموال التركة من السلف إلى الخلف؛ منها قوله - ﷺ- ***"من ترك مالاً أو حقاً فلورثته "***. فهذا الحديث جاء تقريراً للقاعدة العامة، التى أرسها الكتاب العزيز، بأن الأصل هو انتقال الأموال بالخلافة متى أضحت تركة تورث للخلف؛ ولا تكون كذلك إلا فى الوقت التى تنقضى فيها الديون العالقة بهذه الأموال بالوفاء بها أو بغيره أو ما يقوم مقامه كالتجديد بتغيير المدين بأن يحل الوارث مدينا محل مورثه. وهذا ما تنص عليه [المادة (1/895) مدنى ([111])].

([109]) تنص المادة (1569) مجلة الأحكام العدلية على أنه "يصح إبراء الميت من دينه".

([110]) تنص المادة (899) مدنى على أنه "بعد تنفيذ التزامات ا لتركة يؤول ما بقى من أموالها إلى الورثة كل حسب نصيبه الشرعى".

([111]) تنص الفقرة الأولى للمادة (895) مدنى على أنه "1- إذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل، تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون فى نتيجته معادلاً لصافى حصته فى الإرث".

ولا تعارض بين المعنى الوارد فى تلك الآية الكريمة وبين ما جاء فى هذا الحديث الشريف. لأن عبارة **"من بعد "** الواردة بالآية تفيد أنه لا تركة تورث؛ إلا بعد الوفاء بالالتزامات المتعلقة بأ موال السلف . لأن الاستغراق يحجب المستَغرق؛ فإن كان هذا الاستغراق يشمل كل أموال الميت فلا تركة تورث؛ وإن كان يشمل جزء دون الآخر فإن الجزء غير المستغرق هو الذى يعد تركة تورث.

المبحث الرابع
الحقوق
العالقة بالتركة

62- لا غرو أن تتعدد الحقوق التى تعلق بالترك ة، لأن الأموال - بصفة عامة - هى وسيلة لإشباع الرغبات وتلبية الحاجات، سواء أكان ذلك حال الحياة أو حال الممات.

ومن ثم فإن هذه الحقوق؛ إما أن تكون للميت كالتجهيز والدفن؛ وإما أن تكون عليه كالالتزامات؛ وإما أن تكون لا له ولا عليه كحق الخلافة (الميراث والوصية) ([112]). وبناء على ذلك فإنه بمجرد تحقق واقعة موت الشخص يتعلق بتركته الآتى ([113]):

الحالة الأولى - وجود ورثة

لا جناح أنه تتعلق بالتركة - فى هذه الحالة - الحقوق التالية:

([112]) وفضيلة الشيخ /محمد زكريا البرديسى، الميراث، ص 26، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1388هـ/1969م؛ و فضيلة الشيخ / على الخفيف، مدى تعلق الحقوق بالتركة، مرجع (60)، ص 150 وما بعدها.

([113]) تنص الما دة (87) من قانون الأحوال الشخصية العراقى على أن "الحقوق التى تتعلق بالتركة بعد وفاة المورث أربعة مقدم بعضها على بعض وهى:

1 - تجهيز المتوفى على الوجه الشرعى.
2 - قضاء ديونه وتخرج من جميع ماله.
3 - تنفيذ وصاياه وتخرج من ثلث ما بقى من ماله.
4 - إعطاء الباقى إلى المستحقين.".

أولاً : ما يكفى لتجهيز الميت، ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن ([114]).

ثانياً : ديون الميت.

ثالثاً : الوصية الواجبة.

رابعاً : الوصية الاختيارية فى الحد الذى تنفذ فيه.

خامساً : المواريث بحسب ترتيبها الشرعى.

الحالة الثانية ـ عدم وجود ورثة

تتعلق بالتركة -فى هذه الحالة-، فضلاً عن الوفاء بالتزامات المورث، الحقوق التالية:

أولاً : استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره.

ثانياً : ما أوصى به فيما زاد على الحد الذى تنفذ فيه الوصية.

الحالة الثالثة ـ عدم وجود (ورثة ـ مقر له بالنسب- وصية تجاوز الثلث)

لا غرو أن تؤول التركة - فى هذه الحالة- ، بعد الوفاء بالتزامات المورث، إلى الخزانة العامة باعتبارها وارثة لمن لا وارث له.

وواضح مما سبق أن أول الحقوق التى يجب الوفاء بها هى نفقات التجهيز والدفن ([115])؛ ثم يليها حق الدائنية فحق الخلافة مع تقديم الوصية الواجبة على الاختيارية وتقديمهما معاً على حق الميراث.

([114]) جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المواريث رقم 77 لسنة 1943 ما يأتى بخصوص نفقات التجهيز الدفن "1- خولف مذهب الحنفية فقدمت النفقة المحتاج إليها فى تجهيز الميت على الدين الذى تعلق بعين التركة كالرهن أخذاً بمذهب الأمام أحمد بن حنبل، لأن تقديم التجهيز على الدين يرجع إلى أن الميت أحوج إليه من قضاء دينه الذى هو من حاجاته، ويستوى فى ذلك الديون المتعلقة بالعين والديون الأخرى. 2- زيد على الأصل نفقه تجهيز من تلزم الميت نفقته كولد مات قبله ولو بلحظة، وزوجته كذلك ولو غنية، فإنه يبدأ بإخراجها من ماله كنفقة تجه يزه وهذا الحكم مأخوذ من مذهب الحنفية، فنفقة تجهيز من تلزم المرء نفقته واجبة عليه حال حياته وفى ماله بعد وفاته".

ولا جناح أنه يجب ملاحظة أن الترتيب السابق للحقوق التى تعلق بالتركة يقرر أولوية للحق السابق على الحق اللاحق. فإذا وقع تزاحم بين هذه الحقوق فى الاستيفاء كانت الأولوية فى الوفاء للحق ذا المرتبة السابقة على الحق ذا المرتبة اللاحقة.

ولما كان البحث يدور رحاه حول أثر الموت على حق الدا ئنية (دين التركة)؛ فأننا سنقصره الحديث على حق الدائنية وحق الخلافة وذلك من خلال المطلبين التاليين.

المطلب الأول
حق الدائنية

63- لا جرم أن هذا الحق هو الالتزام المالى الذى يعلق بالذمة المالية حال حياة المدين. ثم ينتقل بالموت إلى مالية التركة (معنى) ([116]).

فالدائن بدين عادى ليس له حق عينى فى أموال المدين - حال مرض الموت-؛ وإن كان له -دائماً- حق الاعتراض على تصرفات المدين المالية الضارة به، سواء أكان ذلك حال الصحة أو المرض ([117]). وبموت المدين يصبح للدائن حق عينى على أمواله؛ وهذا الحق يعطيه حق التقدم فى اقتضاء دينه على حق الخلافة (الموصى له والوارث ودائنيهما) ([118]).

([115]) ورد عن الحنابلة فى كشاف القناع (باب الجنائز) ما يلى "ولا ينتقل من مال الميت إلى الوارث إلا ما فضل عن حاجته الأصلية من كفن ومؤونة تجهيزه ودفنه وقضاء دينه ولو كان لله تعالى".

([116]) الشيخ / محمد أبو زهرة، مرجع (3)، ص 7.

([117]) أنظر فى ذلك الأحكام الواردة فى الفصل الثالث من الباب الثانى من الكتاب الأول من التقنين المدنى.

([118]) قضت محكمة النقض فى الطعن رقم 56 لسنة 38 ق - جلسة 23 ديسمبر سنة 1973 (مجموعة أحكام النقض 24-1347-231) بأن "... وإذا كانت تركة المدين تعتبر منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم وللدائن حق عيني يخوله تتبعها لاستيفاء دينه منها بسبب = =مغايرة شخصية المورث لشخصية الوارث وكان حق الدائن في ذلك أسبق من حق الوارث الذى تؤول له من التركة إلا الباقى بعد أداء الدين...".

وبناء على ما تقدم فإن حق الدائنية يتعلق بالذمة المالية للمدين - حال حياته- ولصاحبه حق الاعتراض على التصرفات الضارة به ([119])؛ بل الأكثر من ذلك فإن الفقه الإسلامى حث المدين على الاستئذان من الدائن عند إقدامه على السفر أو الجهاد فى سبيل الله.

غير أن القانون لم يعط للدائن بنص خاص ما أعطاه للوارث من حق الاعتراض على تصرفات المدين فى مرض الموت.

ولا جرم أن حق الدائنية يصبح بعد واقعة الوفاة أقوى منها قبلها، فما كان له من قبل كان لحماية الحق الذى سينشأ بعدها. فبموت المدين أصبح للدين حق عينى فى مالية التركة يضمن الوفاء به؛ بعد أن كان ديناً عادياً مضمون من خلال الضمان العام للمدين.

المطلب الثانى

([119]) القانون خول الدائن سبل للمحافظة على الضمان العام للمدينه، *كالدعوى غير المباشرة* التى يمارسها فى حالة إهمال مدينه فى استعمال حقوقه [المادة (235-236) مدنى]، *والدعوى البوليصية* للطعن فى تصرفات المدين الضارة بدائنيه [المادة (237-243) مدنى]، *والدعوى الصورية* التى يباشرها لإثبات صورية التصرف الذى قصد به المدين الإضرار بحق الدائن [المادة (244-245)مدنى] *ودعوى إشهار إعسار المدين* إذا كانت أمواله لا تكفى سداد ديونه مستحقة الأداء [المادة (249) مدنى].
وخوله - أيضاً - وسائل وقائية للمحافظة على الضمان العام لمدينه كالحجز التحفظى على الأموال المنقولة للمدين، فتنص المادة (316) مرافعات على أنه "للدائن أن يوقع الحجز التحفظى على منقولات مدينه فى الأحوال الآتية:
1- إذا كان حاملاً لكمبيالة أو سند تحت الإذن وكان المدين تاجراً له توقيع على الكمبيالة أو السند يلزمه بالوفاء بحسب قانون التجارة.
2- فى كل حالة يخشى فيها فقد الدائن لضمان حقه ". وكاتخاذ الإجراءات الاحتياطية للمحافظة على التركة، والتدخل فى إجراءات قسمة المال الشائع.
وكنص الفقرة الأولى للمادة (842) مدنى الذى يقضى ب أنه "1- لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة عيناً أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة ".

حق الخلافة

64- ولا جناح أن هذا الحق هو حق غير مالى ابتداءً ويصبح حق مالى انتهاءً . فهو غير مالى حال ح ياة الشخص صاحب المال (المورث فى المآل) ولا يتعلق بذمته المالية ([120])؛ وهو مالى فى حال موت المورث ويتعلق بالتركة صورة (أعيانها) ومعنى (ماليتها)..

غير أن حق الخلافة لا يعد من قبيل الحقوق التى على السلف؛ لأنه لا يشغل ذمته -حال الحياة- . ومؤدى هذا أنه ليس للخ لف (فى المآل) مطالبة السلف بالوفاء بهذا الحق؛ وإن كان له حق الاعتراض على بعض التصرفات التى يجريها سلفه - حال مرض الموت- أو صدور حكم بالحجر عليه. مع خلاف فى الوقت الذى يمارس فيه كل حق؛ فتصرفات المحجور عليه يتم الاعتراض عليها - حال الحياة- وتصرفات مرض الموت يعترض عليها بعد الممات.

تعدد الآراء حول أثر الموت على حق الوارث فى التركة

65- لا غرو أن تتعدد الآراء حول تأثير واقعة الموت على حق الوارث فى تملك نصيبه فى التركة؛ نظراً لأن الشارع أعطى للوارث حق الاعتراض على بعض التصرفات التى صدرت عن المورث -حال مرض الموت- بل الأكثر من ذلك أعطاه الحق فى طلب الحجر عليه فى حالة توافر أسبابه.

فذهب رأى إلى أن هذا الحق ثابت للوارث منذ دبيب آفة مرض الموت فى جسم المورث. وبناء على ذلك فإن واقعة الموت تكون كاشفة لحق الوارث فى التملك لا منشئة له.

([120]) تنص الفقرة الثانية للمادة (131) مدنى "2- غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه إلا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون".

وذهب رأى إلى أن حق الوارث فى التملك لا ينشأ إلا بتحقق واقعة الموت؛ فهذه الواقعة هى المنشئة لهذا الحق لا كاشفة له ([121]).

وفى تقديرنا أن الحق فى الخلافة يثبت للخلف حقاً غير مالى قبل السلف منذ توافر أشراطه؛ ويصبح أكثر وضوحاً حال مرض الموت .. وبتحقق واقعة الموت يمسى هذا الحق حقاً مالياً فى صورة حق ملكية للخلف فى تركة سلفه. غير أن الملكية لا تنتقل إلى الوارث خالصة إلا بعد الوفاء بكافة الالتزامات التى تعلق بأموال مورثه.

بيد أن لصاحب حق الخلافة حق الاعتراض - بعد موت السلف لا قبله- على بعض التصرفات التى صدرت منه -حال مرض الموت- طالما أنها تجاوزت حدود الثلث وكانت تنطوى على محاباة أو غبن.

والمحاباة والغبن وإن كانا ذا سبب وهدف واحد . فالسبب فيهما هو الحالة النفسية التى تنتاب المتصرف. والهدف هو عدم بلوغ الشئ مرام قيمته الحقيقية؛ أى عدم تعادل بين قيم الأداءات المتقابلة فى التصرف الذى تم بين المتصرف - مريض مرض الموت - وبين المتصرف إليه إلا أنهما يختلفان فى وسيلة الإفادة من هذه الحالة النفسية . فإن قدمهما المتصرف، دون مؤثر خارجى، كانت محاباة لأنه آثر من تلقاء نفسه تقديم مثل هذه الإفادة إلى المتصرف إليه . وإن حصل عليها المتصرف إليه، استغلالاً لحالة المتصرف النفسية، كان ذلك غبناً.

([121]) أنظر فى عرض هذه الآراء وتحرير الخلاف الشيخ / محمد أبو زهرة، مرجع (3)، ص 7 وما بعدها.

المطلب الثالث

الفارق
بين
حق الدائنية وحق الخلافة

66- لا جرم أن من خلال استعرضنا لهذين الحقين يتبين أنه يوجد فارق جوهرى وهام بين حق الخلافة وحق الدائنية.

-لصاحب حق الخلافة (الوارث) الحق فى الاعتراض على تصرفات سلفه التى تمت أثناء مرض الموت؛ ولكن ليس له هذا الحق بالنسبة لتصرفاته الصادرة حال صحته ([122]).

-لصاحب حق الدائنية (الدائن) -حال حياة المدين- ما ليس للوارث؛ كتعلق حقه بالذمة المالية وله حق الاعتراض على التصرفات الضارة.

غير أن القانون لم يخول الدائن بنص خاص ما خوله للوارث من الاعتراض على تصرفات مرض الموت؛ إلا أن القواعد العامة تعطى له مثل هذا الحق متى أثبت أن هذه التصرفات ضارة به.

وعلى الرغم من وحدة الهدف الذى يسعى إلى تحقيقه التنظيم القانونى لهذه المسالة فى كل من الشريعة والقانونى المدنى [*] هو المحافظة على

([122]) قضت محكمة النقض فى الطعن رقم 2 لسنة 6 ق - جلسة 4 يونيو 1936 (82) [منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة السادسة (ملحق) (الدائرة المدنية) سنة 1936، ص 241] بأنه "3- قوانين الإرث (أى أحكامه) لا تنطبق إلا إلى ما يخلفه المتوفى من الأملاك حين وفاته، أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته لسبب من أسباب التصرفات القانونية فلا حق للورثة فيه ولا سبيل لهم ولو كان المورث قد قصد حرمانهم منه أو إنقاص أنصبتهم فيه".

(*) الدستور الدائم بعد تعديله الأخير سنة 1980م والنص فى مادته الثانية على إن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع . فقد ألقى على عاتق المشرع بواجبين أحدهما صريح والآخر ضمنى هما: =
=الأول: واجب صريح بأن يضع الأحكام فى نصب عينيه وألا يصدر عنه تشريعاً ينطوى على مخالفة لهذه الأحكام، وإلا كان مشوباً بعدم الدستورية.

حق الخلافة للورثة فى ثلثى التركة وحق الدائنية فى الاستيفاء . إلا أنه يوجد تمايز منهجى فى هذا التنظيم بين الشريعة والقانون.

- أحكام الشرع تخول الدائن حق الاعتراض على تصرفات مدينه - حال مرض الموت-.

- أحكام القانون لم تعط الدائن - بحكم خاص- مثل هذا الحق ولا حق الاعتراض - بعد موت مدينه- على التبرعات الصادرة منه حال صحته. وذلك لأن القواعد العامة تعطى للدائن مثل هذا الحق . ومع ذلك فإنه -أى القانون- أعطى للورثة -بحكم خاص- هذا الحق [المادة (477) مدنى ([123])].

ولا جرم أن حق الدائنية وحق الخلافة يصبحا بعد الوفـاة أقوى منها قبل الوفاة؛ فما كان لهما قبلها كان لحماية الحق الناشئ بعدها . فبموت المدين أصبح للدين حق عينى فى مالية التركة يضمن الوفاء به بعد أن كان ديناً عادياً مضمون من خلال الضمان العام للمدين؛ . وتحول حق الخلافة إلى حق تملك (حق عينى) بقدر نصيب الوارث فى الميراث.

ولا جناح أنه يترتب على موت المدين الآتى:

الثانى: واجب ضمنى يتمثل فى إعادة النظر، إن استطاع إلى ذلك سبيلا، فيما صدر عنه من تشريعات سابقة على هذا التعديل وكانت تنطوى على مخالفة للأحكام الشريعة الإسلامية وإعادة الأمر إلى نصابه.

ونوجه النظر إلى أنه يجب عند الحديث عن التشريع أن يتم تصديره بالأحكام الشرعية. لأن هذا التعديل الدستورى جعل من التشريع، باعتباره مصدر رسمى للقانون، يستمد أحكامه بصورة مباشرة وغير مباشرة من الشريعة الإسلامية . بمعنى أنها إما أن تكون هذه الأحكام مستوحاة منها مباشرة وإما أن تكون من وضع المشرع فى ضوء القواعد العامة للشريعة.

([123]) تنص الفقرة الثانية للمادة (477) مدنى على أنه "2- أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فإن المبيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى فى حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشترى للتركة ما يفى بتكملة الثلثين".

- اكتساب الخلف حقاً عينياً أصلياً على التركة صورة ومعنى (المالية والأعيان) ([124]).
- اكتساب الدائن العادى حقاً تبعياً على التركة معنى(المالية) ([125]).

ولما كان للوارث حق عينى أصلى يتعلق بأعيان التركة وماليته ا وللدائن حق عينى تبعى يتعلق بماليتها فقط ([126])؛ كان الحق الأول أقوى من الثانى. ومع ذلك فإن لكل منهما تأثير -من الأهمية بمكان- على الآخر ([127]) على النحو التالى:

فحق الوارث فى التركة ليس خالصاً لأنه وإن كان يتعلق بها معنى وصورة إلا أن حق الدائن يتعارض م عه فى المالية؛ لأن القانون (الشرعى والوضعى) قد خول الأخير أولوية فى الاقتضاء من التركة معنى (المالية)؛ حيث جعل الوفاء به مقدم على خلوص حق الوارث فى التركة (معنى وصورة).

وحق الدائن فى ماليتها ليس خالصاً - أيضاً- أى أن هذا الحق لا يعطه حق التصرف فى مالية التركة؛ لأن أعيانها باعتبارها محلاً لها يتعلق بها حق الوارث. ولما كانت هذه الأعيان لا تطلب لذاتها إنما تطلب لما لها من مالية؛ فإن التنازع يقع فى التركة معنى (المالية) بين حق

([124]) تنص المادة (189) من قانون التسجيل العراقى رقم 43 لسنة 1971 على أنه "يكتسب الوارث حق الملكية العقارية وما فى حكمها من تاريخ وفاة المورث، غير أنه لا يمكنه التصرف فيه إلا بعد تسجيله فى السجل العقارى".

([125]) قضت محكمة النقض فى الطعن رقم 56 لسنة 38 ق - جلسة 23 ديسمبر سنة 1973 (مجموعة أحكام النقض 24-1347-231) بأن "... وإذا كانت تركة المدين تعتبر منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم وللدائن حق عيني يخوله تتبعها لاستيفاء دينه منها بسبب مغايرة شخصية المورث لشخصية الوارث وكان حق الدائن فى ذلك أسبق من حق الوارث الذى تؤول له من التركة إلا الباقى بعد أداء الدين....".

([126]) د/ بدران أبو العينين بدران، أحكام التركات والمواريث فى الشريعة الإسلامية والقانون، ص 46، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، سنة 1981 م.

([127]) فضيلة الشيخ / على الخفيف، مرجع (60)، ص 156.

الدائن وحق الوارث لأن التركة صورة (الأعيان) فهى خالصة للوارث . والذى يفصل فى ذلك الأولوية المعطاة للأول فى مواجهة الثانى ودائنيه.

وتفرد حق الوارث فى تعلقه بالتركة صورة (الأعيان) هو الذى أعطاه الحق فى استخلاص التركة بأن يقوم بالوفاء بما عليها من ديون إذا كانت حقوق التركة تسع لما عليها من التزامات . أما إذا ضاقت الأولى عن الثاني؛ فللوارث الحق فى تطهير التركة بأن يعرض على الدائنين الوفاء بما يعادل قيمة حقوق التركة؛ وللدائنين الخيار بين قبول العرض أو رفضه وطلب بيع التركة بالمزاد العلنى.

وللوارث، الذى لم يختر قضاء الدين أو تطهير التركة، خيار التخلى عن التركة بتعيين مصفى لها تتخذ فى مواجهته كافة الإجراءات القانونية التى للتركة أو عليها . وإذا لم يختر أى من الخيارات السابقة فسوف يتحمل الإجراءات القانونية التى تتخذ ضد التركة.

الفصل الثالث
حق الدائنية
(دين التركة)

67- استعرضنا -آنفاً- لماهية التركة والحقوق التى تعلق بها . ولما كان موضوع هذا البحث يدور رحاه حول حق الدائنية (دين التركة). كان من الطبيعى أن نحدد ماهية دين التركة -باعتبار أن الحق والالتزام وجهين لعملة واحدة- وأنواعه وما يتعلق به من أحكام وذلك من خلال ما هو آتً من مباحث.

المبحث الأول
ماهية دين التركة

68- لا جرم أنه يقصد بهذا الدين هو **"كل ما يشغل ذمة الشخص - حال الحياة- من التزامات بسبب من الأسباب الموجبة لها** ([128])". وحق الدائنية هو **" العنصر الإيجابى للذمة المالية للدائن والذى يشغل الجانب السلبى للذمة المالية للمدين ويخول الأول إجبار الثانى على الوفاء** ". والالتزامات تنتقل -حال الموت- من الذمة المالية التى أضعفها الموت لتعلق بالتركة معنى (المالية) ([129]).

والأسباب (المصادر) الموجبة للالتزامات متعددة فمنها ما هو مصدره التصرف القانونى (العقد والإرادة المنفردة) ([130]) ومنها ما سببه الواقعة

([128]) فضيلة الشيخ / محمد زكريا البرديسى، مرجع (112)، ص 27.

([129]) قضت محكمة النقض فى الطعن رقم 56 لسنة 38 ق -جلسة 23 ديسمبر سنة 1973 (مجموعة أحكام النقض 24-1347-231) بأن "... وإذا كانت تركة المدين تعتبر منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم وللدائن حق عينى يخوله تتبعها لاستيفاء دينه منها بسبب مغايرة شخصية المورث لشخصية الوارث وكان حق الدائن فى ذلك أسبق من حق الوارث الذى تؤول له من التركة إلا الباقى بعد أداء الدين....".

([130]) قانوننا المدنى نظم أحكام التصرف القانونى من خلال المواد (89) - (162)، وأحكام خاصة بكل عقد من العقود، وأحكام الواقعة القانونية

المادية (الفعل الضار والفعل النافع) ومنها ما يجد سببه فى النصوص القانونية (الشرعية أو الوضعية).

ومحل هذه الالتزامات أو وعاؤها يختلف تبعاً لاختلاف الأحوال التى يمر بها الإنسان.

الذمة المالية

هذه الذمة هى التى تعد وعاء للالتزامات -حال الحياة- بحيث تتكون منها عناصر الجانب السلبى لهذه الذمة (الالتزامات). ومن ثم فإنه يجب على المدين أداؤها فى مواقيتها (حال أو آجل) من خلال العناصر المكونة لجانبها الإيجابى (الحقوق). وللدائن إجباره على الوفاء بها فى هذه المواقيت إذا لم يوف بها طواعية.

التركة

هذه التركة تعد بمثابة المحل الذى تنتقل إليه التزامات الشخص -حال الممات- لأن الموت له تأثير بالغ على الذمة المالية؛ وهى على رأى جمهور المالكية هى صفة من صفات حياة الشخص ولصيقة به؛ ومن البديهى أن زوال الموصوف يستلزم زوال صفاته [131]. ويتعلق الدين بالتركة تعلق الحقوق بالأعيان؛ وبهذا التعلق يصبح ل لدائن حق عينى تبعى على مكونات التركة يعطيه أولوية على حق الخلافة ودائنى الخلف العام؛ وتتبع هذه المكونات تحت يد الخلف الخاص [132] متى تم التأشير

بالمواد (163) - (197)، وأحكام الالتزامات التى مصدرها القانون بالمادة (198) مع وجود نصوص عديدة تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

(131) فضيلة الشيخ / على الخفيف، مرجع (60)، ص 153.

(132) قضت محكمة النقض فى الطعن رقم 56 لسنة 38 ق - جلسة 23 ديسمبر سنة 1973 (مجموعة أحكام النقض 24-1347-231) بأن "... وإذا كانت تركة المدين تعتبر منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم وللدائن حق عينى يخوله تتبعها لاستيفاء دينه منها بسبب مغايرة شخصية المورث لشخصية الوارث وكان حق الدائن فى ذلك أسبق من حق الوارث الذى تؤول له من التركة إلا الباقى بعد أداء الدين...".

بهذا الدين على هامش تسجيل إشهادات الإرث [المادة (14) شهر عقارى ([133])].

وبناء على ذلك فإنه إذ لم يكن للمدين -حال الممات- تركة فإن هذه الالتزامات تنقضى لاستحالة التنفيذ ([134]). لأن قانوننا (الشرعى والوضعى) لا يأخذ بفكرة أن الوارث امتداد لمورثه؛ ومن ثم فإن الخلف الذى لم يغنم من سلفه لا يغرم، فى ماله الخاص، بما كان عليه من التزامات.

([133]) تنص المادة (14) من قانون الشهر العقارى والتوثيق على أنه "يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها.

ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير".

([134]) فى بحث لنا تحت عنوان "دعوة لتنقيح قانوننا المدنى "أضفنا إلى نص المادة (373) مدنى، الذى يتحدث عن انقضاء الالتزام بغير الوفاء لاستحالة التنفيذ، فقرة ثانية تجعل من موت المدين الذى لا تركة له نوعاً من استحالة التنفيذ . وبذلك يصبح نص هذه المادة على النحو التالى : ينقضى الالتزام بالآتى:

1- إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً لسبب أجنبى لا يد له فيه.

2- إذا توفى المدين ولم يكن له تركة.

لمزيد من البيان حول هذا الموضوع أنظر هذا البحث، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1419هـ.

المبحث الثانى
أنواع دين التركة

69- لا جناح أن ديون التركة تتعدد تبعاً لصاحب الحق فيها (دين لله ودين للعباد)؛ ولنوع التأمين الذى يضمن الوفاء بها (ديون عينية وديون مرسلة)؛ ولوسيلة الإثبات ووقت الالتزام بها (ديون صحة وديون مرض)؛ ولميقات الوفاء بها (ديون حالة وديون عاجلة).

ونتناول بحث هذا الموضوع من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول
الديون
من حيث صاحب الحق

70- لا جرم أن الديون من حيث صاحب الحق فيها تنقسم إلى ديون لله وديون للعباد . فما هى هذه الديون؟ وما الحكم فى حالة التزاحم فيما بينها؟.

أولاً - ديون الله

71- نعلم أن الله -ﷻ- أنزل لنا دستوراً كاملاً - لتحقيق العدل والخير العام للبشرية وسائر المخلوقات - تدور أحكامه فى دائرة افعل ولا تفعل؛ وشحذ همتنا، للالتزام بهذه الأحكام، بعبادات (بدنية ومالية) كالحج والزكاة؛ ومنحنا التقرب إليه بمثلها تطوعاً كالنذور. ومخالفة تلك الأحكام والتقصير فى هذه العبادات الواجبة يترتب عليها جزاءات دنيوية (بدنية أو مالية) كالكفارات . فإذا ما قضى الشخص نحبه وكان يشغل ذمته موجبات لأى من ذلك. فهل مثل هذه الديون تنتقل إلى تركته؟ أم لا؟.

اختلفت أراء الفقها حول الإجابة عن هذا التساؤل على النحو التالى:

- فمذهب الأحناف على أن ديون الله لا تثبت ديناً يتعلق بالتركة بعد الممات، لأن ليس لها مطالب معين من الناس ([135]).
- جمهور الفقهاء على أن ديون الله تتعلق بالتركة بعد الممات وتتقدم على الوصايا والمواريث ([136]).

وإذا كان الجمهور اتفقوا على ذلك، إلا أنهم اختلفوا حول تزاحم هذه الديون مع ديون العباد؛ أيها له الأولوية على الأخرى على النحو التالى:

- ذهب الحنابلة أن ديون الله فى نفس مرتبة ديون العباد المرسلة؛ وإذا ضاقت عليهم التركة قسمة بينها بالمحاصة ([137]).
- وذهب المالكية إلى أن ديون العباد مقدمة فى المرتبة فعند التزاحم تستوفى أولاً قبل ديون الله.
- وذهب الشافعية إلى التفرقة بين نوعين من ديون الله من حيث بقاء المال الذى وجبت فيه وعدم بقائه . فإن كان المال الذى وجبت فيه لازال قائماً بعد الممات فإنها تعلق بهذا المال وتكون لها مرتبة متقدمة على سواها. عدم بقاء المال الذى وجبت فيه فلهم فيه وجهان:

الأول _ أنها فى مرتبة متأخرة عن الديون الأخرى.

([135]) فضيلة الشيخ /عمر عبدالله، أحكام المواريث –فى الشريعة الإسلامية- ط4، ص 33، دار المعارف، القاهرة، سنة 1385هـ / 1966 م؛ وفضيلة الشيخ/ أحمد إبراهيم بك، مرجع (63)، ص 387 (مذهب الأحناف).

([136]) أنظر فى بيان ذلك فضيلة الشيخ محمد مصطفى شلبى، أحكام المواريث بين الفقه والقانون، ص 48 وما بعدها، المكتب المصرى الحديث للطباعة والنشر الإسكندرية، سنة 1967؛ وفضيلة الشيخ / محمد أبو زهرة، مرجع (3)، ص 33، ف 22.

([137]) أنظر فى ذلك د / عبدالكريم بن محمد اللاحم، فقه المواريث - دراسة مقارنة- المجلد الأول، ص 29 (أشار فى هامشها إلى كشاف القناع، ج 4، ص 296) غير مدون اسم الناشر أو محله أو تاريخه.

الآخر- أنها فى مرتبة هذه الديون.

رأينا فى هذه المسالة

72- لا جناح أن لكل رأى وجاهته ودليله الذى استند إليه فى الإدلاء بدلوه وكل ذلك كان لنا بمثابة المعين الذى أمدنا بالشعاع الذى نتبصر به ما هو أنسب إلى واقعنا المعاش.

وبناء على ذلك فإن رأى الشافعية ماعدا الوجه الأخير هو الأولى بالترجيح للآتى:

- إن ديون الله ما هى إلا حقوق للفقراء فى أموال الأغنياء واجبة الوفاء بها من عين المال الذى يعد محلاً لها؛ ولا سيما الزكاة التى تتنوع بتنوع الأعيان التى ترد عليه ا (زكاة العروض والزروع والأموال والركائز والماشية...الخ).
- إن مصطلح **"ديون الله"** عند السادة الفقهاء كان يمكن أن يتقارب -فى العصر الحاضر- مع مصطلح **"ديون الخزانة العامة "** لو كانت الزكاة تشكل أحد عناصر مواردها ([138]). وهذه الديون أعطاها المشرع المدنى حق امتياز على ثمن الأموال المثقلة بها ذا

([138]) أنظر بحث لنا تحت عنوان "دعوة لتنقيح قانوننا المدنى" حيث أضفنا إلى نص المادة (1139) مدنى، الذى يقرر حق الامتياز للمبالغ المستحقة للخزانة العامة، فقرة (1م) تبسط هذا الحق لزكاة الأموال بأنواعها بحيث يصبح هذا النص كالآتى".
1- المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كان، يكون لها امتياز بالشروط المقررة فى القوانين والأوامر الصادرة فى هذا الشأن.
1م- زكاة الأموال بأنواعها.
2- وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز فى أية يد كانت قبل أى حق آخر، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمى عدا المصروفات القضائية . " لمزيد من البيان حول هذا الموضوع =
=أنظر هذا البحث، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1418هـ.

مرتبة ثانية بعد المصروفات القضائية؛ فضلاً عن منحه إياها حق تتبع هذه الأموال فى أى يد تكون [المادة (1139) مدنى ([139])].

غير أن المذكرة التفسيرية لقانون الميراث ([140]) [المادة (4- ثانياً)] قد صرحت بأن المقصود بديون الميت هى التى لها مطالب من العباد؛ أما ديون الله فلا تطالب بها التركة أخذاً بمذهب الحنفية ([141]). بالرغم من أن النص قد ذكر هذه الديون مطلقة دون أى تقييد. وبناء على ذلك فإن ديون الله لا تعلق بتركة المدين بعد الممات.

ثانياً - ديون العباد

73- هذه الديون هى التى تشغل ذمة الشخص حال الحياة بأحد الأسباب الموجبة لذلك؛ والتى لها مطالب من الناس وتعلق بالتركة بعد الممات. والوفاء بها فى مرتبة تالية لنفقات التجهيز والدفن ومتقدمة على باقى الحقوق الأخرى التى تعلق بالتركة.

ومن ثم فإنه يستوفى من التركة هذه النفقات؛ ثم يتم الوفاء بديون العباد بعد ذلك، مع الأخذ فى الحسبان بأن هذه الديون ليست فى مرتبة واحدة فيما بينها، فبعضها مضمون بتأمين خاص وبعضها مضمون من خلال كل مكونات التركة.

المطلب الثانى

([139]) تنص المادة (1139) مدنى على أنه "1- المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كان، يكون لها امتياز بالشروط المقررة فى القوانين والأوامر الصادرة فى هذا الشأن. 2- وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز فى أية يد كانت قبل أى حق آخر، ولو كان ممتازاً مضموناً برهن رسمى عدا المصروفات القضائية ". لمزيد من البيان أنظر مؤلفنا المفيد فى الحقوق التبعية، الطبعة الثالثة، ص 437، ف 337، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1418 هـ.

([140]) قانون الميراث رقم 77 لسنة 1943 (صدر فى 1943/8/6 ونشر فى 1943/8/12 وعمل به من 1943/9/2).

([141]) أشار إلى ذلك د / محمد يوسف موسى فى مرجع (85)، ص 112 (3)؛ وفضيلة الشيخ محمد مصطفى شلبى فى مؤلفه مرجع (136)، ص 48.

الديون
من حيث نوع الضمان

74- نعلم أن الديون تتعدد تبعاً لنوع التأمين الذى يضمن الوفاء بها.

- فقد تكون مضمونة من خلال الضمان العام للمدين؛ بمعنى أن العناصر الإيجابية للذمة المالية فى مجملها حاضرها ومستقبلها تكون ضامنة للوفاء بمثل هذه الديون التى تعرف فى الفقه الإسلامى بالحقوق المرسلة وفى الفقه القانونى بالحقوق الشخصية أو بالديون العادية.
- وقد تكون مضمونة من خلال تأمين خاص؛ أى أن يكون مال معين من أموال المدين يضمن الوفاء بها. والديون التى المضمون بمثل ذلك تعرف فى الفقه الإسلامى بالحقوق التى تتعلق بعين من أعيان المدين؛ وفى الفقه القانونى تعرف بالديون الممتازة أو الحقوق العينية التبعية . والتأمين الخاص (الحق العينى) كالرهن بنوعيه (الرسمى والحيازى) أو حق الاختصاص الذى حصل عليه الدائن قبل وفاة المدين [المادة (2/1085) مدنى ([142])] أو حق امتياز وهذا الحق تتعدد أنواعه فمنها الحقوق العامة ومنها ما يرد على منقول ومنها ما يرد على عقار.

لا غرو أن تكون الديون الممتازة -حال حياة المدين- لها أولوية تتقدم بها فى الوفاء على الديون العادية (المرسلة)؛ وتظل لها هذه الأولوية حتى بعد وفاة المدين. فهى تستوفى من مال التركة المعينة فيه.

أما الديون المرسلة فبالرغم من تعلقها بالتركة - حال الممات- بعد أن كانت متعلقة بذمة المدين -حال الحياة- واضحى لها حق امتياز تتقدم به

([142]) تنص الفقرة الثانية للمادة (1085) مدنى "2- ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار فى التركة".

على حقوق الخلف ودائنيه؛ إلا أنها تظل فى مرتبة تالية للديون التى كانت ممتازة حال حياة المدين ([143]).

وجميع هذه الديون (الممتازة والعادية) فى مرتبة تالية لنفقات التجهيز والدفن وسابقة لكافة أنواع الوصايا وحقوق الميراث وغيرها من حقوق.

المطلب الثالث

الديون
من حيث
الإثبات وزمنه

75- علمنا أن الإنسان حال الحياة يتقلب بين الصحة والمرض وأن الصحة مدعاة للتمسك بأهداب الحياة والحرص على زينتها ([144]) وأن المرض على النقيض؛ فهو مدعاة لعدم الاكتراث بكل ذلك . ومن ثم فإن القانون (الشرعى والوضعى) احتاط من أثر المرض على حالة المريض النفسية؛ فحد من أثر التصرفات القانونية التى يجريها فى مرض موته.

بيد أن جمهور الفقه الإسلامى لم يفرقوا بين دين ثبت بالإقرار فى حال المرض وغيره. أما الأحناف فقد فرقوا ـ فى هذا الشأن ـ بين دين الصحة ودين المرض؛ واتخذوا من دليل الإثبات والحالة الصحية للمدين معياراً لتحديد متى يكون الدين دين صحة ومتى يكون دين مرض . والأساس فى ذلك عندهم أن حق الدائنية وحق الخلافة قد تعلقا بأموال المريض منذ دبيب آفة مرض الموت فى جسمه؛ وإذا كانت هذه الحقوق قد تعلقت بها؛ فلا يلزمهم ما يثبت بالإقرار فى حال المرض؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر.

ونتناول بحث هذه المسألة فيما هو آتٍ من نقاط.

([143]) أنظر فى هذا المعنى فضيلة الشيخ / محمد أبو زهرة، مرجع (3)، ص 29، ف 20.

([144]) أنظر قوله -سبحانه وتعالى- " المال والبنون زينة الحياة الدنيا والباقيات الصالحات خير عند ربك ثواباً وخير أملاً " (الكهف، ج 15، آية 46).

أولاً - دين الصحة

76- ويقصد بهذا الدين هو ما ثبت فى ذمة المدين بإحدى الصور التالية:

-**ثبوت الدين بالبينة فى حال الصحة** : فإذا كان الالتزام ثابت بالبينة وكان الملتزم فى غير حال مرض الموت (*) ومكتملاً للأهلية؛ كان هذا الدين دين صحة ونافذاً فى مواجهة الورثة والدائنين على حد سواء.

-**ثبوت الدين بالإقرار حال الصحة** : هذا الدين رغم أنه ثابت بالإقرار إلا أنه يعد دين صحة؛ طالما أن المدين التزم به فى غير حال مرض الموت.

-**ثبوت الدين بالبينة حال المرض** : متى كان التزام الشخص ثابتاً بالبينة، حتى لو كان صادراً منه فى المرض الموت، فإن هذا الالتزام يعد من قبيل دين الصحة.

ثانياً - دين المرض

77- يقصد بهذا الدين ما ثبت فى ذمة المدين بالإقرار حال مرض الموت ولم يثبت بأى طريق من طرق الإثبات الأخرى؛ . فالالتزام الذى يصدر من الشخص حال مرض الموت ويكون ثابت بالإقرار فهو دين مرض؛ ولا يكون نافذاً فى حق الورثة والدائنين إلا فى الحدود التى رسمها القانون (الشرعى أو الوضعى) فى هذا الشأن.

(*) استعملنا عبارة **"فى غير مرض الموت "** بدلاً من استخدام عبارة **"حال الصحة"** دفعاً للظن الذى قد يخامر الذهن بأن كل حالة مر ضية يتعرض لها الإنسان توجب النظر فى تصرفاته، سواء أكان هذه الحالة تعد من قبيل مرض الموت أم كانت لا تعد كذلك. ولا سيما أن للإنسان كامل الحرية فى التصرف فى أمواله وليس لأحد الحد من أثره طالما أنه ليس فى حال مرض الموت أو ولم يحجر عليه عندما تتوافر أسبابه.

ومجمل القول فى مثل هذه الديون هو **"أن دين الصحة هو كل التزام ثبت بالبينة مطلقاً أو بالإقرار فى حال الصحة، ودين المرض هو كل التزام ثبت بالإقرار فى حال مرض الموت ([145])".**

ولا جرم أنه إذا وقع تزاحم بين دين الصحة ودين المرض على تركة تضيق بالوفاء بهما؛ كان للأول أولوية فى الوفاء على الثانى لضعفه من جهة الإثبات. فضلاً عن كونه تحوم حوله مظنة المحاباة وهذه تأخذ حكم الوصية متى وقعت فى مرض الموت. وبذلك يتم الوفاء بديون الصحة؛ فإن فاض من التركة شئ قسم بين أصحاب ديون المرض بالمحاصة كلاً بنسبة دينه.

غير أنه لم يذهب جمهور الفقهاء إلى ما ذهب إل يه الأحناف؛ لأن الإقرار حجة ملزمة لا تلغ إلا إذا ثبت نقيضها؛ فإذا لم يقم دليل على الكذب فيه فمضمونه ثابت . وبناء على ذلك لا فرق عندهم بين دين الصحة ودين المرض وإذا وقع بينهم تزاحم قسمت أموال التركة قسمة محاصة بين سائر الدائنين ([146]).

([145]) أنظر قريب من هذا المعنى فضيلة الشيخ / أحمد إبراهيم بك، مرجع (61)، ص 255.

([146]) فضيلة الشيخ / محمد أبو زهرة، مرجع (3)، ص 32، ف 21.

المطلب الرابع
الديون
من حيث زمن الوفاء

78- الديون التى تشغل ذمة المدين حال حياته. قد تكون ديون حالة، أى واجبة الوفاء فى وقت انعقادها؛ وقد تكون مؤجلة، بأن تكون قد ضرب للوفاء بها أجلاً معلوماً؛ أى أن هذا الوفاء قد أضيف إلى أمر مستقبلى محقق الوقوع [المادة (271) مدنى ([147])].

والديون الحالة، حتى ولو لم يكن المدين قد وفى بها فى وقت انعقادها، فإنها تظل واجبة الدفع -حال الممات- وتعلق بالتركة.

غير أن الديون المؤجلة تثير التساؤل التالى هل موت المدين يترتب عليه حلول أجالها ؟ أم لا ؟.

أثر الموت على الدين المؤجل

79- عرفنا أن الموت يؤدى إلى إضعاف الذمة المالية، بحيث يجعلها غير قابلة للزيادة أو النقصان؛ ومن ثم فإن جانبها السلبى يعلق بجانبها الإيجابى . وأن الدين يشكل أحد مفردات الجانب السلبى للذمة المالية للمدين؛ وفى نفس الوقت فهو يعد من مكونات الجانب الإيجابى للذمة المالية للدائن . وأن تأجيل الوفاء به يتم بناء على اتفاق بينهما (الدائن والمدين).

والدين المؤجل فى الفقه الإسلامى هو نوع من الائتمان يقدمه الدائن إلى المدين فى صورة قرض حسن. أى أن الأول يحصل من الثانى على القيمة المعطاة له (رأس المال) دون زيادة. لأن الزيادة التى تقابل الز من

([147]) تنص المادة (271) مدنى على أنه " 1- يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع . 2- ويعتبر الأمر محقق الوقوع، ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه ".

تعد من قبيل ربا النسيئة [*]. والسبب فى ذلك هو أن المال فى المفهوم الإسلامى ملك لله -عَزَّ وَجَلَّ- والإنسان مستخلف فيه؛ ومن ثم فإنه يجب عليه تحقيق مراد مالكه بأداء وظيفته الاجتماعية لتحقيق أمن المجتمع واستقراره.

وبناء على ما تقدم فإن الآراء قد تعددت حول اثر الموت أجل الدين على النحو التالى ([148]):

أولاً - عدم سقوط الأجل بموت الدائن

80- الفقهاء المسلمون - عدا الظاهرية- على أن الالتزامات المؤجلة لا تسقط بتحقق واقعة موت الدائن؛ على اعتبار أن الدين حق للمدين محله ذمته المالية التى لازالت صالحة لاستمرار شغلها بذلك ([149]).

ثانياً - سقوط الأجل بموت المدين

81- يوجد -شبه إجماع- بين جمهور الفقهاء على أن الالتزامات المؤجلة تسقط بموت المدين -كقاعدة عامة- ([150]) واستثنى المالكية من

(*) الربا فى المفهوم الإسلامى نوعين هما : ربا الفضل هو الزيادة فى تبادل الأشياء المتحدة فى الجنس، لأن هذا التبادل يقتضى التماثل فى القدر وأن يكون يد بيد أى دون تأجيل . أما ربا النسيئة فهو كل زيا دة تقابل الزمن .(لمزيد من البيان حول هذه المسألة، أنظر د / عبدالناصر توفيق العطار، نظرية الأجل فى الالتزام - فى الشريعة الإسلامية والقوانين العربية، ص 193-237 مطبعة السعادة، القاهرة، 1978م).

([148]) فضيلة الشيخ / محمد أبو زهرة، مرجع (3)، ص 38؛ ولمزيد من عرض الآراء المختلفة حول هذه المسالة أنظر د / عبدالناصر توفيق العطار، مرجع سابق [هامش (*)]، ص 307 وما بعدها.

([149]) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للعلامة الفقهيه علاء الدين أبى بكر مسعود الكاسانى الحنفى المتوفى عام 578هـ، ج 7، ص 3175، الناشر زكريا على يوسف، جاء به الأتى "والأصل فى هذا أن موت من له الدين لا يبطل الأجـل لأن الأجل حق المديون لا حق صاحب الدين فتعتبر حياته وموته فى الأجل وبطلانه والله -عَزَّ وَجَلَّ- أعلم".

([150]) فضيلة الشيخ / أحمد إبراهيم بك، مرجع (63)، ص 366 (المذهب الثانى).

هذه القاعدة (الاتفاق على عدم حلول الأجل بالموت، وقتل الدائن للمدين) وأستثنى الحنابلة من ذلك حالة عدم توثيق المدين للدين برهن أو كفيل..

وفى تقديرنا أنه طالما أن الموت يترتب عليه توقف الذمة المالية عن الزيادة والنقصان. فإن هذا يعد من قبيل إضعاف للضمان العام لسبب لا يد للمدين فيه؛ حيث يتعلق الجانب السلبى للذمة المالية بجانبها الإيجابى . ومن ثم فإن الأجل يسقط ما لم يقدم الخلف ضماناً كافياً ([151]).

([151]) تنص الفقرة الثانية للمادة (273) مدنى على أنه "2-.... أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه . فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً".

الفصــل الرابع

طبيعة ضمان الوفاء
بحق الدائنية
(دين التركة)

82- **لا** غرو أن تختلف الأفهام حول طبيعة هذا الضمان باعتباره حقاً عينياً يتقرر على أموال التركة، بعد موت المدين، للوفاء بالدين . فهذا الدين كان حال حياته ديناً عادياً يشغل ذمته المالية؛ والموت جعله يتعلق بمالية التركة فى شكل حق عينى يضمن الوفاء به.

فهذه الوضعية جعلت فقهاء القانون ينعتون هذا الحق بأوصاف مختلفة. فقائل بأنه رهن للتركة مصدره القانون ([152]). وقائل بأنه رهن شرعى لتركة ([153]). وقائل بأنه حق اختصاص يرد على التركة ([154]).

بيد أن القول بأن لدائنى التركة العاديين حق عينى تبعى على أموالها، يتطلب بيان ماهية هذا الحق ومصدر تقريره.

ونتناول بيان ذلك من خلال ما هو آتٍ من مباحث.

([152]) د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، ج 5، ص 88.

([153]) د/ عبدالناصر توفيق العطار، التأمينات العينية، ص 303، ف 154، غير مدون عليه محل النشر أو تاريخه.

([154]) د/ سليمان مرقس، التأمينات العينية فى التقنين المدنى الجديد، ص 63 ف 46، المطبعة العالمية، القاهرة سنة 1951.

المبحث الأول
ماهية الحق العينى

83- **علمنا** أن حق الدائن العادى لل تركة مضمون بأموالها؛ وأن هذا الضمان يتمثل فى حق عينى تبعى على هذه الأموال ([155]). غير أن هذا الأمر كان محل خلاف بين الفقهاء فى ظل القانون المدنى القديم ([156]).

فقائل بسريان القواعد العامة فى القانون المدنى باعتبار أن كسب الملكية بالميراث هو من مسائل الأحوال العينية. وبناء على ذلك لا يكون للدائن العادى للتركة حق عينى؛ ولا ضمان لحقه الشخصى إلا الضمان العام الذى كان له حال حياة المدين.

وقائل بسريان أحكام الشريعة الإسلامية على انتقال الحقوق من السلف إلى الخلف لأن القانون المدنى أحال فيما يتعلق بأحكا م الميراث على هذه الأحكام؛ وهذه الإحالة لا تقتصر على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم وإنما تشمل مسألة انتقال أموال التركة إلى الخلف العام؛ وهذا الانتقال محكوم بقاعدة ***"لا تركة إلا بعد سداد الديون "*** ومن مقتضى ذلك أن يكون للدائن العادى للتركة حق عينى عليها يخوله ت تبع أموالها واستيفاء حقه بالتقدم على الخلف العام ودائنيه . ولقد رجحت محكمة النقض فى ظل القانون القديم الرأى الأخير ([157]).

([155]) د/ عبدالحميد الشواربى، مرجع (39)، ص 34.

([156]) لمزيد من البيان حول هذه المسألة أنظر د/ محمد على عرفه، الاتجاهات الحديثة فى الميراث والتركة، 217 وما بعدها، مجلة القانون والاقتصاد، يصدرها أساتذة كلية الحقوق جامعة القاهرة، مجلد به الأعداد 1-4، السنة الثامنة عشرة، سنة 1948.

([157]) لمزيد من البيان أنظر، د/ عبدالناصر توفيق العطار ، مرجع (153)، ص 304 وما بعدها، ف 154.
وأنظر فى ذلك الطعن رقم 111 لسنة 15 ق -جلسة 23 فبراير سنة 1947م مجموعة أحكام النقض فى 25 عاماً ص 1000 بند 12؛ حيث جاء فيه أن "مؤدى قاعدة" أن لا تركة إلا بعد ساد الدين "أن تركة المدين تنشغل لمجرد الوفاة بحق عينى لدائنى المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها تحتيد أى وارث أو من يكون الوارث قد تصرف إليهم = =ما

وفى **تقديرنا** أن الرأى القائل بأن للدائن العادى للتركة حق عينى تبعى على أموالها هو الأولى بالترجيح . لأن الموت يجرد الشخص من مكنة الاستدانة؛ فهذا يؤدى إلى انحصار عناصر الجانب السلبى لذمته المالية؛ ولم تعد تقبل الزيادة . وكذلك الأمر بالنسبة لعناصر الجانب الإيجابى لها لا تقبل النقصان، لعدم إمكانية التصرف فيها بسبب الموت، فأصبحت ديونه مضمونة بحقوقه.

غير أن أصحاب هذا الرأى لم يكونوا على أمر جامع فى مسألة ماهية هذا الحق العينى التبعى. فقائل بأنه حق امتياز ([158])، وقائل بأنه أشبه بحق الاختصاص ([158م])، وقائل بأنه رهن قانونى ([159])، وقائل بأنه رهن شرعى ([160]).

وفى تقديرنا أن الرأى الأول هو الأصوب؛ وبناء على ذلك يكون الحق العينى التبعى لحق الدائنية هو حق امتياز وليس رهن قانونى أو شرعى ولا يشبه حق الاختصاص .. وذلك لاختلاف أحكامه عن أحكام الرهن الذى لا يتم إلا بناء على عقد تتوافر فيه سائر الأركان من تراضى

دام أن الدين قائم دون أن يكون لهذا الوارث حق الدفع بانقسام الدين على الورثة.

إذن فالحكم الذى ينفى حق الدائن فى تتبع أعيان تركة مدينه تحت يد من اشتراها ولو كان المشترى حسن النية وعقده مسجلاً يكون مخالفاً للقانون".

([158]) د/ إسماعيل غانم، الذمة المالية بند 26 و35؛ ود/ منصور مصطفى منصور، الحلول العينى، ص 240.

([158م]) د/ سليمان مرقس، الوافى –فى شرح القانون المدنى- 2- فى الالتزامات، المجلد الرابع، أحكام الالتزام، ص 619،ف 297، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 1992.

([159]) د/ عبدالمنعم الصدة، حق الملكية، ط 1967، ص 744؛ ود/جميل الشرقاوى، الحقوق العينية الأصلية، ط 1974، ص 145؛ ود/ محمد على عمران، الحقوق العينية الأصلية، ط 1978، ص 47؛ ود/ على الرجال، حقوق الدائنين فى التركة ط 1952، ص 159.

([160]) فضيلة الشيخ / أحمد إبراهيم بك، مرجع (63) ص 372 (نقلاً عن الخضرى فى حاشيته على الشنشورى ناقلاً عن شرح الترتيب والكفاية (على مذهب الشافعية)؛ ود/ عبد النصر توفيق العطار، مرجع (153)، ص 307، ف 155.

ومحل وسبب . وكذلك حق الاختصاص لا يتم إلا بموجب حكم واجب النفاذ وبأمر قضائى ولا يرد إلا عقار. فضلاً عن أن هذا الحق لا يجوز للدائن الحصول عليه بعد موت المدين [المادة (2/1085) مدنى] ([161]).

ونعرض هذه الآراء على بساط البحث لعلنا نكشف عن وجه الحقيقة فى هذا الأمر، وذلك فيما هو آتٍ من مباحث.

المبحث الثانى

الرهن القانونى للتركة

84- **أسلفنا** أن بعض الفكر القانونى ذهب، وهم فى سبيلهم إلى إيضاح كيفية انتقال التركة إلى الورثة مثقلة بالديون، إلى القول بأن هذا الانتقال يكون مصحوباً بحق عينى تبعى هو حق الرهن الذى يكون مصدره القانون (الشرعى أو الوضعى) ([162]).

غير أنه من خلال انعكاسات أشعة البحث التى سلطت على هذا المذهب كشفت عن عدم وضوح الرؤية فى هذا الأمر؛ وتحتاج إلى استجلاء ما علق بها من شوائب وذلك من خلال المطالب التالية :

([161]) تنص المادة (2/1085) مدنى على أنه "2- ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار التركة".

([162]) د/ عبدالرزاق أحمد السنهورى، مرجع (152)، ج 5، ص 88؛ ود/ عبدالناصر توفيق العطار، مرجع (153)، ص 303، ف 154؛ ود/ سليمان مرقس، مرجع (154)، ص 63، ف 46؛ وحكم استئناف أهلى فى 18 يونيو 1937مجموعة رسمية 31 ص 364 رقم 142؛ وفى نفس المعنى محكمة منوف الجزئية فى 23 ديسمبر 1916 مرجع القضاء، ج 2، رقم 2743 ص 672؛ ومحكمة استئناف طنطا فى 21 أكتوبر سنة 1919 مرجع القضاء الجزء الثانى رقم 2744؛ والمحكمة الابتدائية بالإسكندرية فى 3 أبريل سنة 1924 مجموعة رسمية 28، ص 250، رقم 130 (أشار إليها د/ على إبراهيم الرجال حكم تصرف الوارث فى أموال التركة، قبل سداد الديون، ومشروع تنقيح القانون المدنى، مجلة القانون والاقتصاد، يصدرها أساتذة كلية الحقوق بالقاهرة، العددان الأول والثانى، السنة الرابعة عشرة، المحرم وصفر سنة 1363هـ / يناير وفبراير سنة 1944م)؛ ود/ عبدالحميد الشواربى، مرجع (39)، ص 21.

المطلب الأول

تحديد شخصية الراهن

85- **لا** جرم أن هذا التحديد مطلوب؛ لأن شرط ملكية الراهن للمال المرهون شرط لازم لنفاذ الرهن، سواء أكان مصدر الر هن العقد أم كان القانون كما يقولون. لأن تغيير مصدر الإنشاء القانون بالعقد، على فرض صحته، لا يترتب عليه بالضرورة تغيير النظام القانونى بالكامل. ومن ثم فإنه يجب لنفاذ الرهن أن يكون الراهن مالكاً لهذا المال وقت إنشاء الرهن -على الأقل- [المادة (2/1032) مدنى ([163])].

والسؤال الذى يطرح نفسه، فى هذا الصدد، من هو الشخص الذى يعد راهناً؟ هل هو السلف؟ أم الخلف؟.

أولاً - القول باعتبار السلف راهناً

86- فإذا كانت الإجابة بأن السلف هو الذى يعد راهناً على اعتبار أنه هو المدين وأن هذا الرهن يفرضه القانون لا ينشأ بموجب العقد؛ ومن ثم فلا دور للإرادة فيه. نقول بأن تقرير الحق العينى، على هذه الأموال لضمان الوفاء بالالتزامات التى تعلقت بها، جاء بعد وفاة المدين لا قبله؛ وهذا يفترض أن يكون السلف هو المالك للمال المرهون وقت تقرير هذا الحق. ومفاد ذلك القول أن الملكية تبقى للميت ولا تنتقل إلى الخلف؛ إلا

([163]) تنص الفقرة الثانية للمادة (1032) مدنى على أنه "2- وفى كلتا الحالتين (الراهن هو المدين أو غيره) يجب أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون وأهلاً للتصرف فيه".

وتنص الفقرة الأولى للمادة (1324) من القانون المدنى الأردنى لسنة 1976م على أنه "1- يجب أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون وأهلاً للتصرف فيه".

وتنص الفقرة الأولى للمادة (729) من قانون المعاملات المدنية السودانى لسنة 1984م على نص مماثل للنص الأردنى آنف الذكر.

وتنص الفقرة الأولى للمادة (1401) من قانون المعاملات المدنية الإماراتى على نص مماثل للنص الأردنى آنف الذكر .

بعد انقضاء الالتزامات التى عليه [وفاءً أو ما يقوم مقامه كاتحاد الذمة أو بغير الوفاء كالإبراء ([164]) وغيره].

غير أن هذا القول محل نظر؛ لأنه يؤدى إلى عدم اعتبار تاريخ واقعة الموت تاريخاً لنشأة حق الخلف فى ملكية حصته فى التركة؛ واعتبار تاريخ الوفاء بالتزامات التركة هو تاريخ نشأته . فى حين أن الأمر على غير ذلك؛ حيث أن التاريخ الأول هو وقت نشأة هذا الحق وإن تأخر انتقاله إلى ما بعد الوفاء بما على التركة من التزامات.

وفى ضوء ذلك يتبين أن السلف لا يمكن اعتباره راهناً لمجافاة القول به للمنطق القانونى والأحكام الخاصة بالرهن.

ثانياً - القول باعتبار الخلف راهناً

87- إذا كانت الإجابة بأن الخلف هو الراهن، على اعتبار أن الملكية قد انتقلت إليه بمجرد تحقق واقعة وفاة السلف. فنتساءل ما هى الصفة التى عد على أساسها الخلف راهناً . هل باعتباره مديناً؟ أم باعتباره كفيلاً عينياً؟ بمعنى هل يعد مديناً راهناً؟ أم يعد كفيلاً عينياً ليس مديناً؟ لأنه يجوز أن يكون الراهن هو المدين أو شخص آخر [المادة (1/1032) مدنى ([165])].

1 - القول باعتبار الخلف مديناً

([164]) تنص المادة (1569) مجلة الأحكام العدلية على أنه "يصح إبراء الميت من دينه".

([165]) تنص الفقرة الأولى للمادة (1032) مدنى على أنه "1- يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين كما يجوز أن يكون شخصاً آخر يقدم رهناً لمصلحة المدين".
وتنص الفقرة الثانية من القانون المدنى الأردنى لسنة 1976 على أنه "2- ويجوز أن يكون الراهن نفس المدين أو كفيلاً عينياً يقدم رهناً لمصلحته". =

= وتنص الفقرة الثانية للمادة (729) من قانون المعاملات المدنية السودانى على نص مماثل للنص الأدرنى آنف الذكر.
وتنص الفقرة الثانية للمادة (1401) من قانون المعاملات المدنية الإماراتى على نص مماثل للنص الأردنى آنف الذكر.

فلو قيل بأن الخلف هو المدين، باعتبار أن أموال السلف وحقوقه تنتقل إليه مثقلة بالتزاماته؛ فإن هذا القول، غير مقبول، وعلى فرض حدوثه فإنه تترتب عليه النتائج الآتية:

أ- القول بالفكرة التى انسابت من القانون الرومانى إلى القوانين اللاتينية وهى أن الوارث هو امتداد لشخصية مورثه . فهذه الفكرة لم تأخذ بها أحكام الشريعة الإسلامية؛ وقانوننا المدنى أحال إلى هذه الأحكام فيما يتعلق بتعين الورثة وتحديد حصصهم وانتقال أموال التركة إليهم [المادة (1/875) مدنى ([166])]. ومن ثم فإن هذا القول قد انطوى على مخالفة لأحكام القانون (الشرعى والوضعى).

ب- إنه فى إمكان دائنى السلف، فى حالة عدم كفاية أمواله للوفاء بحقوقهم، أن ينفذوا على الأموال الخاصة بالخلف، على اعتبار أنه مديناً، وهذا لم يقل به أحد. لأن الوفاء بالتزامات السلف مقيد بحدود ما ترك من أموال وحقوق مالية ولا تمتد إلى الأموال الخاصة بالخلف.

ج- إنه فى إمكان دائنى الخلف مزاحمة دائنى السلف أو التقدم عليهم فى استيفاء حقوقهم من الأموال التى آل إليه ملكيتها بسبب وفاة سلفه.

فمثلاً لو كان دائناً عادياً للخلف حصل على حكم واجب النفاذ يثبت حقه وتقدم إلى رئيس المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها أحد عقارات التركة التى آلت إليه ملكيته بالميراث للحصول على حق اختصاص وقيده فى سجلات الشهر العقارى وكان تاريخ هذا القيد سابق على تاريخ قيد الحق العينى الذى يضمن الوفاء بدين

([166]) تنص الفقرة الأولى للمادة (875) على أن "1- تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها".

التركة [المادة (914) مدنى ([167])]. فبذلك يتقدم دائن الخلف على دائن السلف فى استيفاء حقه.

د- تصرفات الخلف تكون نافذة فى حق دائنى السلف أصحاب الحق العينى على أمواله. فطالما أن الورثة قد انتقلت إليهم ملكية أموال مورثهم من لحظة تحقق موته؛ كان لهم الحق فى إجراء كافة التصرفات التى تحقق مصالحهم الخاصة؛ فمثل هذه التصرفات تكون نافذة فى مواجهة دائنى المورث متى كانت قد سجلت أو كانت ثابتة التاريخ قبل قيد حقوقهم.

2 - القول باعتبار الخلف كفيلاً عينياً

88- هذا القول هو الأقرب إلى الصواب؛ وإن كان يؤدى إلى أن دائنى التركة قد يجدوا مزاحمة من الدائن صاحب التأمين العينى الصادر من الخلف؛ أو أن يكون الخلف قد رتب حقوق عينية أصلية أو تبعية على الأموال، التى انتقلت له ملكيتها من سلفه، تكون نافذة فى مواجهتهم؛ متى كان لها أسبقية فى اتخاذ إجراءات الشهر العقارى.

فضلاً عن كون تقرير الحق العينى التبعى على المال لا يغل يد الراهن من تعدد مثل هذه الحقوق عليه؛ كالرهن بنوعيه (الرسمى والحيازى) وحق الاختصاص وحق الامتياز أو التصرف فى المال المرهون [المادة (1043) مدنى ([168])]. وإن كان مثل ذلك لا يؤثر على الحقوق التى لها أسبقية فى الشهر؛ إلا أنها تكبد دائن التركة مشقة تحديد مرتبة حقه (بالنسبة للحقوق التبعية) وإجراءات ممارسة حق التتبع (بالنسبة للحقوق الأصلية).

([167]) تنص المادة (914) مدنى على أنه "إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً لأحكام النصوص السابقة، جاز لدائنى التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها، أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير إذا أشروا بديونهم وفقاً لأحكام القانون".

([168]) تنص المادة (1043) مدنى على أنه "يجوز للراهن أن يتصرف فى العقار المرهون وأى تصرف يصدر منه لا يؤثر فى حق الدائن المرتهن"

المطلب الثانى
تحديد نوعية الرهن

89- **هذا** التحديد تقتضيه الأحكام المنظمة لنوعى الرهن (الرسمى والحيازى) ولا سيما أنه توجد أوجه اختلاف بينهما ([169]). ومن ثم فهل يعد الرهن، الذى يتقرر على أموال السلف لضمان الوفاء بالتزاماته، رهناً رسمياً؟ أم رهناً حيازياً؟.

1 - الإجابة بأنه رهن رسمى

إذا كانت الإجابة على السؤال الذى طرحناه - آنفاً- بأن رهن أموال التركة بديونها يعد من قبيل الرهن الرسمى . لقلنا أن طبيعة هذا الرهن تأبى -كقاعدة عامة- ألا يكون محله إلا عقاراً؛ وبالتالى إذا كان من بين أموال السلف منقولات أو غيرها ؛ فإن هذا الرهن لن يشملها .

2 - الإجابة بأنه رهن حيازى

أما إذا كانت الإجابة بأنه رهناً حيازياً . لقلنا، وإن كان هذا الرهن يرد على العقار والمنقول على حدٍ سواء، إلا أن -ألف باء- فى هذا الرهن أنه يقتضى تخلى الراهن عن حيازة الشئ المرهون؛ أى انتقال حيازة هذا الشئ من الراهن إلى المرتهن أو العدل [*].

المبحث الثالث
امتياز حق الدائنية
(دين التركة)

([169]) لمزيد من البيان انظر مؤلفنا المفيد فى الحقوق التبعية، ص 321، ف255، دار النهضة العربية، القاهرة 1418هـ.

[*] العدل هو شخص من الغير يتفق طرفى عقد الرهن على تعينه عدلاً =

= لحيازة الشئ المرهون خلال مدة الرهن، وفى ذلك محافظة على حقوق الطرفين (لمزيد من البيان فى هذه الجزئية راجع مؤلفنا المفيد فى الحقوق التبعية، مرجع (166)).

90- **عرفنا** أنه يقصد بدين التركة، فى هذا الشأن، هو الدين العادى الذى كان يشغل ذمة الشخص حال حياته. أى هو كل ما يمثل الجانب السلبى لذمته المالية (الالتزامات). فإذا توفى الشخص ضعفت ذمته وتعلق ما عليه من التزامات بما له من حقوق . فهذه الحقوق لا تنتقل خالصة إلى الخلف العام (الوارث أو الوصى)؛ إلا بعد الوفاء بما على التركة من التزامات ، طبقاً لقاعدة **" لا تركة إلا بعد سداد الديون"**. بمعنى أن موت المدين يعطى لدائنيه العاديين حق عينى تبعى على كل أموال التركة؛ هذا الحق يكون بمثابة حق امتياز على أموال التركة يخول الدائنين أولوية فى استيفاء حقوقهم متقدمين فى ذلك على الورثة والموصى لهم ودائنيهم . ولقد أفصح المشرع التجارى ([170]) عن هذا المعنى فى مادته (593) الخاصة بالخلف المفلس حيث جاء بها أنه "إذا آلت إلى المفلس تركة فلا يكون لدائنيه حق على أموالها إلا بعد أن يستوفى دائنو المورث حقوقهم من هذه الأموال. ولا يكون لدائنى المورث أى حق على أموال التفليسة.

وحق الامتياز يخول دائنى التركة ميزتى التقدم والتتبع؛ فلهم الأولوية فى استيفاء حقوقهم فى مر تبة متقدمة على دائنى الخلف العام؛ ولهم – أيضاً – حق تتبع أموال التركة، سواء أكانت تحت يد الخلف العام أم كانت تحت يد الغير بسبب انتقالها إليه بواسطة هذا الخلف. وهذا ما يقضى به حكم [المادة (914) مدنى ([171])] فى شأن الأموال العقارية . بمعنى أن أموال التركة لا تنتقل إلى الورثة خالصة ولا تتعلق بها حقوق دائنيهم إلا بعد الوفاء بدين التركة.

المطلب الأول

([170]) القانون التجارى الجديد رقم 17 لسنة 1999 (الجريدة الرسمية العدد 19 مكرر فى 17 مايو سنة 1999)

([171]) تنص المادة (914) مدنى على أنه "إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً لأحكام النصوص السابقة، جاز لدائنى التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها، أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير، إذا أشروا بديونهم وفقاً لأحكام القانون".

مكانة امتياز حق الدائنية
بين
الحقوق الممتازة

91 - عرفنا أن حق الدائنية يتقرر له بسبب تحقق واقعة موت المدين (حقيقة أو حكمياً) حق امتياز على أموال التركة وحقوق ها المالية ([172]). ونعلم أنه للشخص الحق - حال حياته - فى تقرير حقوق عينية تبعية (ديون ممتازة) على أمواله.

غير أن تقرير حق امتياز لحق الدائنية الوارد على التركة لا أثر له على وضعية الديون الممتازة؛ إذا تظل الأخيرة فى مرتبة متقدمة عليه . طالما أن قيدها فى سجلا ت الشهر العقارى سابق على قيد امتياز دين التركة.

بيد أنه يجب ملاحظة أن تغيير صفة الدين العادى للمدين - حال الممات- إلى دين له حق امتياز على أموال التركة يكون فى مواجهة الخلف العام ودائنيه . إلا أن وضعه لا يتغير بالنسبة للدين الممتاز الذى التزم به المدين -حال الحياة- إذ يظل دين التركة فى مرتبة تالية له [المادة (2/895) مدنى ([173])].

فمثلاً لو أن شخص رتب على أمواله قبل وفاته رهون (رسمية أو حيازية) أو تقرر فى مواجهته حق اختصاص أو حق امتياز؛ وكان عليه بالإضافة لذلك ديون عادية؛ فإن هذا الوضع لن يتغير بموت هذا

([172]) أنظر فى ذلك استئناف مختلط منشور فى 14 يناير 1947 (19 ص 77) أشار إليه د/ سليمان مرقس، مرجع (151) فى هامش ص 64) حيث جاء فيه "وحكم بأنه إذا ترك دائن الميت الورثة يتصرفون فى أموال التركة ويوفون من ثمنها ديونهم الشخصية كان ذلك رصا منه باتحاد الذمتين ذمة المورث وذمة الوارث، ولم يجز له بعد ذلك أن يتمسك بامتيازه بصفته دائناً للتركة (استئناف مختلط فى 28 مايو 1940 (52 ص 4287).

([173]) تنص الفقرة الثانية للمادة (895) مدنى على أنه "2- وترتب المحكمة لكل دائن من دائنى التركة تأميناً كافياً على عقار أو منقول، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين. فإن استحال تحقيق ذلك، ولو بالإضافة ضمان تكميلى يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى، رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها".

الشخص. والذى يتغير فقط هو وضع الديون العادية فى مواجهة الخلف العام ودائنيه؛ إذ يصبح لها حق امتياز على أموال التركة تستوفى بموجبه قبل حصول الخلف العام ودائنيه على حقوقهم من أموال التركة.

المطلب الثانى

مصدر
تقرير امتياز حق الدائنية

92- **لا** جرم أن امتياز هذا الحق يستمد وجوده من مما قرره المشرع الأعظم فى قوله - ﷻ- ".. *من بعد وصية يوصى بها أو دين* .."([174]). ويؤخذ من هذه الآية ومن غيرها التى تقرر ذات المبدأ الآتى:

1- إن أموال التركة تمثل ضماناً لحقوق جميع دائنى المدين المتوفى ([175]).

2- إن حقوق دائنى المدين المتوفى لها الأولوية فى الوفاء على حقوق الخلف العام ودائنيه.

وما قرره المشرع الدستورى فى المادة الثانية من الدستور بأن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع ([176]) . وما قرره المشرع العادى فى التقنين المدنى الحالى من أحكام خاصة بالميراث وتصفية التركة ولا سيما الفقرة الأولى من مادته (875) الذى تنص على أنه **"1- تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى**

([174]) سورة النساء، ج4، آية 11-12.

([175]) جاء فى حاشية القليوبى، عميرة على المنهاج، ج 2، ص 283، أن "من مات وعليه دين تعلق بتركته قطعاً .....".

([176]) المادة الثانية من الدستور الدائم لسنة 1970 التى كانت تقرر أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الأساسى للقوانين ثم عدلت فى 22 مايو 1980 واعتبر هذه المبادئ هى المصدر الرئيسى للتشريع.

شأنه " ([177]). وتنص [المادة (4) من قانون الميراث] على أنه " يؤدى من التركة بحسب الترتيب الأتى :

أولاً - ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن.
ثانياً - ديون الميت.
ثالثاً - .... ".

فالإحالة الصادرة من القانون المدنى إلى أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها؛ وتقرير تلك الأحكام وهذه القوانين الأولوية لديون الميت ([178]) ومنحها المرتبة التالية لما يلزم لتجهيز الميت . بالإضافة إلى أنه أكد على هذا المبدأ من خلال نص [المادة (899) مدنى] ([179]). فضلاً عن أن حكم [المادة (914) مدنى([180])]، الخاص بالتركات التى لم تصفِ -وفقاً لأحكام التصفية التى تضمنتها المواد السابقة عليها- ، يخول دائنى التركة العاديين أولوية فى التنفيذ على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير متى

([177]) تنص المادة (1106) مدنى عراقى على أنه "انتقال أموال التركة تسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية".

([178]) تنص المادة (1130) مدنى على أنه "1- الامتياز أولوية يقرها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته. 2-ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص فى القانون ".

([179]) تنص المادة (899) مدنى على أنه "بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقى من أموالها إلى الورثة كل حسب نصيبه الشرعى".

([180]) تنص المادة (914) مدنى على أنه "إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً لأحكام النصوص السابقة، جاز لدائنى التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها، أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير، إذا أشروا بديونهم وفقاً لأحكام القانون".

وتنص المادة (1256) من قانون المعاملات الإماراتى لسنة 1985 على أنه "إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً للأحكام السابقة جاز لدائنى التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير إذا وقعوا عليها حجزاً لقاء ديونهم قبل تسجيل التصرفات".

أشروا بديونهم وفقاً لأحكام القانون ([181]) وورد حكماً مماثل فى شأن التركة التى تخضع لنظام التصفية فى [المادة (899) مدنى ([182])] يقرر أنه يؤول ما بقى من التركة، بعد تنفيذ كافة التزاماتها، إلى الورثة كلاً بحسب نصيبه الشرعى.

وفى ضوء هذه النصوص يتبين أن الأحكام الواردة بها تشير ضمنياً إلى تقرير حق امتياز لدين التركة (حق الدائنية)؛ وإن كانت لم تذكره باللفظ. ولما كانت حقوق الامتياز ـ وفقاً للرأى الراجح فى الفكر القانونى ـ أنها لم ترد بالقانون على سبيل الحصر إنما وردت على سبيل المثال؛ كان من الممكن إضافة حقوق أخرى بنصوص قانونية؛ ومنها امتياز حق الدائنية (دين التركة).

المطلب الثالث

شروط
تقرير حق امتياز

([181]) تنص المادة (31) من قانون السجل العينى رقم (142) لسنة 1964 على أنه "يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى صحف السجل العينى المخصصة لأعيان التركة أو حقوقها.

ويجب على الدائن إعلان كل ذى شأن بقيام الدين قبل التأشير به.

ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ القيد المشار إليه فى المادة السابقة (30) فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً وقام بقيده قبل هذا التأشير".

([182]) تنص المادة (889) مدنى على أنه "بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقى من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعى".

وتنص المادة (1109) من القانون المدنى الأردنى على أنه "بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقى من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعى أو بحسب نصيبه القانونى".

وتنص الفقرة الأولى للمادة (676) من قانون المعاملات المدنية السودانى على نص مماثل للنص الأردنى آنف الذكر.

وتنص المادة (1241) من قانون المعاملات المدنية الإماراتى على نص مماثل للنص الأردنى آنف الذكر.

93- نعلم أن حقوق الامتياز لا تتقرر إلا إذا توافرت صفة معينة فى الدين؛ فهل حق الدائنية (دين التركة) تتوافر فيه هذه الصفة؟ وما هى شروط تقرير حق الامتياز له؟.

نتناول الإجابة عن هذين السؤالين من خلال النقاط التالية:

توافر الصفة اللازمة لتقرير حق الامتياز لدين التركة

94- القانون لا يقرر حق امتياز لدين إلا مراعاة لصفة معينة فيه ([183]). ودين التركة (حق الدائنية) تتوافر فيه الصفة التى توجب تقرير حق الامتياز له مراعاة لها للأتـى:

- دين التركة كان يشغل الذمة المالية للمدين حال حياته؛ أى أن له يد فى نشأة الالتزام بهذا الدين، سواء أكان ناشئاً عن تصرف إرادى أم كان ناجماً عن واقعة مادية.
- إضعاف الذمة المالية بالموت يترتب عليه عدم زيادة الالتزامات (الجانب السلبى) وعدم نقصان الحقوق (الجانب الإيجابى)؛ مما يوجب قضاء الأولى من الثانية قبل انتقالها إلى الخلف العام.
- تعلق حقوق الغير بمالية تركة المتوفى؛ يتطلب قضاؤها قبل توزيع التركة فى شكل أنصبة على خلفه العام الذى يعلق حقه بأعيان التركة وأموالها.

([183]) تنص المادة (1130) مدنى على أنه "1- الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة من لصفته. 2- ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص فى القانون".
وتنص المادة (1424) من القانون المدنى الأردنى لسنة 1976 على أنه "الامتياز حق عينى تابع يخول الدائن أسبقية اقتضاء ح قه مراعاة لصفته ويتقرر بنص القانون ".
وتنص المادة (799) من قانون المعاملات المدنية السودانى لسنة 1984 على نص مماثل للنص الأردنى آنف الذكر.
وتنص المادة (1504) من قانون المعاملات المدنية الإماراتى لسنة 1985 على نص مماثل - كذلك - للنص الأردنى آنف الذكر.

< للمدين المتوفى مصلحة أخروية فى سداد ديونه حتى تبرد عليه جلدته فى البرزخ (*).

< الخلف العام يتلقى الحقوق عن مورثة دون مقابل؛ أى أنه يغنم دون أن يغرم. فى حين أن الدائن ـ فى الغالب ـ تكون حقوقه فى التركة مقابل انتقاص ذمته المالية لمصلحة المدين حال حياته، سواء أكانت هذه الحقوق ناشئة عن تصرف قانونى أم كانت ناجمة عن واقعة مادية رتب عليه القانون أثراً معيناً، أى أنه يغرم فله الحق فى جبر غرمه قبل غنم من لم يغرم.

شروط تقرير حق الامتياز لدين التركة

95- لا جرم أنه لكى يتقرر حق الامتياز لدين التركة يجب أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

الشرط الأول ـ أن يكون الدين قد شغل ذمة المدين حال حياته:

يلزم، لتقرير حق الامتياز لدين التركة، أن يكون هذا الدين قد شغل الجانب السلبى للذمة المالية للمدين حال الحياة. أياً كان مصدر الالتزام به فقد يكون تصرفاً قانونياً (العقد أو الإرادة المنفردة) أو واقعة قانونية (الفعل الضار أو العمل النافع) أو القانون.

الشرط الثانى ـ أن يكون الدين ، ديناً عادياً :

يجب أن يكون الدين، الذى يتقرر له حق امتياز على مالية التركة، ديناً عادياً. فلو كان ديناً ممتازاً فلن نكن فى حاجة للبحث

(*) يروى عن النبى ـ ﷺ ـ أن أحد أصحابه قد توفى فسأل: أعليه دين؟ قالوا نعم يا رسول الله .قال صلوا على صاحبكم .فقال أحدهم : صلى عليه يا رسول الله وأنا أكفل هذا الدين، فصلى عليه. ثم بعد ذلك سأل الرسول ـ ﷺ ـ الصحابى الذى كفل الدين، هل وفيت الدين ؟ قال نعم . فقال ـ ﷺ ـ الآنَ برد عليه جلدته.

عن ضمان له؛ لأنه يعلق بطبيعته بمالية أحد الأعيان وموت المدين لا يغير من طبيعته؛ إذ يظل مضمون الوفاء به بما تقرر له من حق عينى. لدرجة أن مذهب الأحناف لم يعد العين التى يعلق بها حق الغير من ضمن تركة الميت.

الشرط الثالث - أن يكون موت المدين حقيقية أو حكمياً:

نعلم أنه لا يقع صدام بين حق الدائنية وحق الخلافة؛ إلا إذا كان الشخص قد تحققت واقعة موته حقيقة أو حكمياً. حينئذ تصبح أموال السلف وحقوقه تركة يتزاحم عليها هذان الحقان. أما قبل تحقق هذه الواقعة فلن يحدث مثل هذا التصادم لأن حق الدائنية يشغل الذمة المالية للشخص؛ ولم يصبح لحق الخلافة وجود حقيقى بعد . فواقعة الموت هى التى تجعل حق الدائنية يعلق بمالية التركة يتقرر له حق امتياز عليها.

الشرط الرابع - أن يكون للمدين المتوفى تركة:

نعرف أنه يجب أن يكون لكل حق محل يرد عليه . ولكى يكون للدين، الذى يشغل الذمة المالية للشخص حال الحياة، حق امتياز بعد الموت؛ يجب أن يكون للمدين تركة (الأموال والحقوق) تشكل ماليتها محلاً لتقرير هذا الحق . أما إذا لم تكن هناك تركة فلقد سقط الدين (قضاءً لا ديانة (*)) لعدم وجود تركة يعلق بماليتها.

التأشير بحق الدائنية على هامش تسجيل إشهادات التركة

(*) يسقط الدين بموت المدين الذى لا تركة له قضاءً، بمعنى أنه ليس للدائن الحق فى مطالبة الخلف قضائياً بالوفاء بهذا الدين من ماله الخاص طالما أنه لم يتلقى من سلفه حقوقاً .لأن الشريعة الإسلا مية لا تأخذ بفكرة أن الوارث امتداداً لشخصية مورثه . ولكنها أخذت بفكرة أخرى هى حث المدين على المبادرة بالوفاء بما عليه من دين حال الحياة، وذلك بتقرير أن النفس -بعد الموت- تظل مرهونة بدينه إلى أن يقضى عنه . وهذا التزام دينى لا قضائى تجاه السلف يثاب الخلف إذا قام بالوفاء به من ماله الخاص تخليصاً لنفس سلفه من هذا الارتهان.

96- لا جرم أن المشرع أوجب، فى قانون الشهر العقارى لسنة 1946 وقانون السجل العينى لسنة 1964، على الدائن التأشير بحق الدائنية على هامش تسجيل إشهادات التركة أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها ([184]). على نحو أوجد نوعاً من التلازم بين ذاك التأشير وهذا التسجيل؛ بمعنى أنه علق التزام الدائن بالتأشير على وجود قيام الخلف العام بإتخاذ إجراءات التسجيل ([185]). وبناء على هذا التلازم فإن الأول يدور مع الثانى وجوداً وعدماً.

بيد أنه متى تم الإجراءين (التسجيل والتأشير) تقرر لحق الدائنية حقاً عينياً تبعياً يعلق بمالية التركة، فى صورة حق امتياز، يضمن الوفاء به.

حجية التأشير بحق الدائنية على هامش تسجيل إشهادات التركة

رجب رمضان- خول المشرع حق الدائنية، الذى تتخذ فى شأنه إجراءت التأشير، حجية فى مواجهة كل من تلقى من الخلف العام حقاً عينياً على مال من أموال التركة العقارية؛ ومنحه حق الأولوية وحق التتبع تحت أى يد كان هذا المال ([186]).

([184]) تنص المادة (14) من قانون الشهر العقارى لسنة 1946 على أنه "يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العامة على المورث فى هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها؛ ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله؛ ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً وقام بشهره قبل هذا التأشير".

([185]) تنص المادة (13) من قانون الشهر العقارى لسنة 1946 على أنه "يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية وذلك بدون رسم وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق .
=

= ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحده يبنى على أساسها تصرفات الورثة".

([186]) د/ عبدالحميد الشواربى، مرجع (39)، ص 30.

غير أن المشرع لم يقف عند هذا الحد بل بسط هذه الحجية إلى للتأشير الذى يتم خلال سنة من تاريخ تسجيل إشهادات التركة؛ حتى لو كان من تلقى الحق العينى على عقار، من الخلف العام، قد قام بتسجيل هذا الحق قبل هذا التأشير.

التأشير بحق الدائنية، خلال سنة ، ذا أثر رجعى

- الأصل أن إجراءات الشهر العقارى ذات أثر فورى يتحقق من وقت إتخاذها. إلا أن المشرع، حماية لدائن التركة من تصرفات الخلف، خرج على هذا الأصل وأعطى التأشير بحق الدائنية - خلال سنة من تاريخ تسجيل إشهادات التركة- حجية فى مواجهة كل شخص تلقى حقاً عينياً من الخلف العام؛ حتى ولو كان هذا الشخص قد قام بإجراءات الشهر لحقه قبل هذا التأشير. على نحو خوله أثراً رجعياً سابق على وقت حصوله متى تم خلال هذه المدة المحددة.

ولقد بررت المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر العقارى هذا الخروج على الأصل العام فى إجراءات الشهر بقولها "حماية للدائن من التصرفات التى قد يبادر الوارث إلى إجرائها قبل أن يتمكن الدائن من العلم بافتتاح التركة ومن التأشير بدينه".

التأشير بحق الدائنية، بعد مضى سنة ، ذا أثر فورى

- رأينا أن المشرع قد خرج على سبيل الإستثناء على الأصل العام فى إجراءات الشهر بإعطاء التاشير بحق الدائنية حجية ذات أثراً رجعياً حماية له من تصرفات الخلف فى شأن أموال التركة.

غير أن المشرع فى منحه هذا الأثر الرجعى لم يجعله مطلقاً عن الزمن بل حدد له مدة سنة من تاريخ تسجيل إشهادات التركة. وبناء على ذلك إذا تم التأشير بذاك الحق بعد مضى مدة سنة من هذا التاريخ؛ فإن هذا التأشير يكون ذا أثراً فورياً لا رجعياً.

وفى ضوء ذلك يتبين أن حق التتبع لصاحب حق الدائنية المؤشر به يصطدم بقاعدة أسبقية الشهر . بمعنى أنه إذا تم التأشير قبل تسجيل التصرف الصادر من الخلف العام كان للدائن الحق فى التتبع فى مواجهة المتصرف إليه؛ أما إذا كان التأشير لاحقاً لتسجيل التصرف فلا يكون للدائن مثل هذا الحق فى التتبع.

أثر التأشير ، فى حالة التعدد ، على قاعدة المساواة بين الدائنين

شَوَّالْ شَوَّالْ مُحَرَّمْ- لا جناح أن الديون العادية متساوية، بمعنى أنها تتزاحم فيما بينها على الجانب الإيجابى للذمة المالية (الضمان العام) دون مفاضلة بينها، فاللاحق منها يتساوى مع السابق فى ذلك؛ فإن وسعها هذا الضمان كان وكفى؛ وإن لم يسعها قسم بين الدائنين قسمة غرماء.

والتأشير بحق الدائنية على هامش تسجيل إشهادات التركة؛ لا يخل بقاعدة المساواة فى حالة التعدد؛ متى قام كل دائن بالتأشير بحقه خلال سنة من تاريخ هذا التسجيل؛ بغض الطرف عن تاريخ التأشير فهذا التاريخ ينعدم تأثيره على هذه القاعدة.

غير أن التأشير الذى يتم بعد مضى مدة السنة يفقد الدائن حق تتبع المال العقارى المخول للدائنين الذين أشروا بديونهم خلال هذه المدة.

حق الدائنية المؤشر به بعد مضى سنة وغير المؤشر به

مُحَرَّمْ شَوَّالْ مُحَرَّمْ- علمنا أنه إذا كانت إشهادات التركة قد تم تسجيلها؛ فإنه يجب التأشير بحق الدائنية على هامش هذا التسيجل خلال سنة لكى يكتسب حجية فى مواجهة كل شخص تلقى من الخلف العام حقاً عينياً على أحد أموال التركة العقارية. وأن عدم التأشير بالدين أو التأشير به بعد مضى سنة لا يكسبه مثل هذه الحجية.

فهل معنى هذا أن حق الدائنية، فى هذه الحالة، أصبح عارياً من أى ضمان يحفظ حق الدائن فى الوفاء به؟.

قبل الإجابة على هذا السؤال نشير إلى ما سبق ذكره حول حق الامتياز المقرر لدين التوكة الذى يمنحه حقاً عينياً تبعياً على جميع أموال التركة (عقارية ومنقولة) لضمان الوفاء به . وبناء على ذلك نقول أنه إذا فقد الدائن حق التتبع فى مواجهة المتصرف إليه فى مال التركة العقارى لعدم التأشير بحقه أو التأخير فيه؛ فإن ذلك لا يفقده حقه فى الضمان فى مواجهة الخلف العام . حيث تظل القواعد العامة ملاذاً لكل من تعوزه الأحكام الخاصة؛ فهذه القواعد تعطيه إمكانية الطعن فى تصرف الوارث وإعتباره غير نافذ فى مواجهته متى كان هذا التصرف يضعف أو ينقص من مالية التركة باعتبارها ضماناً للوفاء بحقه . وله أن يسلك - فى ذلك- الدعوى البوليصية؛ لأن مثل هذا التصرف يعد ضاراً به.

المطلب الرابع
محل
امتياز حق الدائنية

102- يرد هذا الامتياز على كافة أموال التركة من عقار ومنقول . وهو يقترب من حيث المحل من الرهن الحيازى؛ ولكنه يختلف عنه من حيث المصدر . لأن الأخير لا يترتب إلا بناء على عقد؛ ويؤدى إلى تخلى الراهن عن حيازة المال المرهون (عقار أو منقول) إلى المرتهن أو العدل. ويبتعد عن كل من الرهن الرسمى وحق الاختصاص لأن محلهما لا يرد على المال العقارى دون المنقول . وإن كان هذا الامتياز قريب الشبه من حقوق الامتياز العامة لوروده على كل أموال التركة (منقول وعقار)؛ إلا أنه يختلف عنها من حيث وجوب التأشير بالدين فى سجلات

الشهر العقارى ([187]). وعليه فإنه يقترب من حقوق الامتياز الخاصة التى ترد على نوع معين من أموال المدين.

ولا جرم أن وعاء هذا الامتياز يدخل فيه كل أموال التركة من عقارات، سواء أكانت عقارات بطبيعتها أم كانت عقارات بالتخصيص أو منقولات، سواء أكانت منقولات بطبيعتها أم كانت منقولات بحسب المآل. كما يدخل فيه ما يلحق العقارات من حقوق الإرتفاق وما يلحق المنقولات كرخصة تسيير السيارة ... الخ.

ولا جناح أن امتياز دين التركة يرد عل ى أصل التركة؛ أى على العناصر الجوهرية المكونة لها؛ والزوائد المتصلة بالأشياء والزوائد المنفصلة عنها. لأن هذا الامتياز يرد على أموال التركة لا على أعيانها.

غير أنه إذا كان محل هذا الامتياز أموال عقارية وجب على الدائن اتخاذ إجراءات شهرها بالقيد فى سجلات الشهر العقارى لكى يتوافر العلم للكافة بما يثقل هذه الأموال من حقوق تبعية ([188]).

المطلب الخامس

مرتبة

([187]) تنص المادة (31) من قانون السجل العينى رقم (142) لسنة 1964 على أنه "يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى صحف السجل العينى المخصصة لأعيان التركة أو حقوقها.
ويجب على الدائن إعلان كل ذى شأن بقيام الدين قبل التأشير به.
ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ القيد المشار إليه فى المادة السابقة (30) فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً وقام بقيده قبل هذا التأشير".

([188]) تنص الفقرة الثالثة للمادة (895) مدنى على أنه "3- وفى جميع هذه الأحوال إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد سبق شهره، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقاً للأحكام المقررة فى شهر ~~حق الاختصاص~~ (الرهن الرسمى)".
وتنص الفقرة الأولى للمادة (1134) مدنى على أنه "1- تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار، أحكام الرهن الرسمى بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو ".

امتياز حق الدائنية

103- عرفنا أن هذا الامتياز، وإن كان مقرراً ضمنياً بنصوص قانونية كما أوضحنا آنفاً، إلا أن هذه النصوص لم يحدد له مرتبة معينة . وعندئذ تكون مرتبته متأخرة عن كل امتياز ورد فى القانون المدنى؛ وفى ذلك تنص [المادة (1/1131) مدنى] على أنه "1- *مرتبة الامتياز يحددها القانون ، فإذا لم ينص صراحة فى حق ممتاز على مرتبة امتياز كان هذا الحق متأخراً فى المرتبة عن كل امتياز ورد فى هذا الباب*" ([189]).

وفى ضوء ما سبق يتبين أن مرتبة هذا الامتياز تكون متأخرة عن آخر حق امتياز ورد بالباب الرابع من الكتاب الرابع من القسم الثانى من القانون المدنى؛ ولما كانت مرتبة هذا الامتياز الأخير السابعة؛ فإن امتياز دين التركة تكون مرتبته الثامنة.

المبحث الثالث

الوضع القانونى للخلف

104- عرفنا -على أرجح الأقوال- أن الملكية تنتقل بالخلافة من لحظة تحقق واقعة وفاة السلف ([190])؛ وأن لدائنى التركة حق عينى يتمثل فى صورة حق امتياز على كل أموالها (العقارية والمنقولة). وبناء على ذلك فإن هناك حقين محلهما هذه الأموال هما:

- حق عينى أصلى للخلف.
- حق عينى تبعى للدائن.

([189]) تنص المادة (1425) من القانون المدنى الأردنى لسنة 1976على أنه "1- إذا لم ينص القانون على مرتبة امتياز الحق كانت مرتب ته تالية للحقوق المنصوص عليها فى هذا الباب . 2- وإذا كانت الحقوق فى مرتبة واحدة فإنها تؤدى بنسبة كل منه ما لم يقض القانون بغير ذلك".=

= وتنص المادة (1505) من قانون المعاملات المدنية الإماراتى لسنة 1985 على نص مماثل للنص الأردنى آنف الذكر.

([190]) د/ محمد على عرفه، التأمينات الشخصية والعينية، ص 346، ف 233، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، بدون تاريخ للنشر.

ولما كان القانون (الشرعى والوضعى) يعطى أولوية لحق الدائنية فى الاقتضاء على خلوص حق الخلافة لصاحبه؛ وجعل الثانى ينتقل إلى الخلف وهو مثقل بالأول . ولم يلق على عاتق الخلف بمسئولية الوفاء بالتزامات التركة فى ماله الخاص. فهذه الوضعية تثير التساؤل التالى ما هو الوضع القانونى للخلف؟ هل يعد حائزاً لهذه الأموال ويأخذ أحكامه؟ أم لا؟ وهل أحكام الحائز مقصورة على الشخص الذى اكتسب حقاً عينياً أصلياً على عقار مرهون رهناً رسمياً دون غيره من التأمينات العينية؟ أم أن هذه الأحكام تنبسط لتشمل كل شخص أكتسب مثل هذا الحق؛ أياً كان التأمين العينى المثقل به هذا العقار؟ (*).

المطلب الأول
أحكام الحائز
بين
التقييد والإطلاق

105- أورد مشرعنا المدنى الأحكام الخاصة بحائز العقار المثقل بحق عينى تبعى فى الفصل الثانى للكتاب الرابع تحت عنوان **"آثار الرهن"** أى الرهن الرسمى. فهل يفهم من ذلك أن هذه الأحكام مقصورة على هذا الرهن دون سواه من التأمينات العينية الأخرى التى يكون محلها العقار؟ بمعنى أن هل هذه الأحكام مقيدة بالتأمين العينى متى كان رهناً رسمياً؟ أم أنها مطلقة تنبسط لتشمل التأمينات العينية الأخرى؟.

(*) التساؤل الذى يدور حول قصر أو بسط أحكام الحائز كان محل ناقش علمى شفهى مع أحد أساتذة القانون المدنى الكبار فى مكتبه، وكان = =أبانها يتولى منصب مقرر للجنة العلم ية؛ حيث أدلى سيادته بأن أحكام الحائز من الأحكام التى تتعلق بالرهن الرسمى دون سواه ولم يدلل على ذلك؛ ومنعنى الحياء، الذى يعد أحد أسباب ضياع العلم، من سؤاله عن الدليل؛ بالرغم من اقتناعى بأن هذه الأحكام تنبسط لتشمل التأمينات العينية الأخرى الواردة على عقار.

ولا غرو أن لا نعثر على إجابة مباشرة لهذا التساؤل فيما طالعناه من مؤلفات متخصصة- فى هذا الشأن- ([191])؛ وهذا الأمر يثير احتمالين:

الأول ـ هو قصر أحكام الحائز على الشخص الذى كسب حقاً عينياً، قابلاً للرهن بصفة مستقلة، على عقار مرهون رهناً رسمياً دون سواه. والذى يبرر هذا الاحتمال هو ورود هذه الأحكام تحت عنوان "أثار الرهن" ضمن أحكام هذا الرهن.

الثانى ـ هو بسط أحكام الحائز لكل شخص كسب حقاً عينياً، قابلاً للرهن بصفة مستقلة، على عقار مثقل بتأمين عينى؛ أياً كان نوع هذا التأمين . وهذا الاحتمال هو الأقوى؛ على اعتبار أن أحكام الرهن الرسمى تعد الشريعة العامة لسائر التأمينات العينية.

غير أنه ذهب رأى، عند الحديث عن حق التتبع، إلى ثبوت هذا الحق لكل دائن مرتهن أو صاحب اختصاص أو امتياز . وهذا يفيد ضمنياً أنه يعد حائزاً كل شخص كسب حقاً عينياً، قابلاً للرهن بصفة مستقلة، على عقار مثقل بتأمين عينى آياً كان نوعه. لأن منح الدائن الممتاز حق التتبع يتضمن تخويله نزع ملكية العقار من تحت يد كان؛ ومقتضى ذلك أن يعد الشخص، الذى انتقل إليه حقاً على هذا العقار، حائزاً.

وفى تقديرنا أنه يوجد تلازم بين أحكام الحائز وحق التتبع؛ بحيث يمكن القول أن كلاً منهما يدور مع الآخر وجوداً وعدماً؛ فلا يوجد حائز إلا إذا كان هناك حق تتبع ولا تتبع إلا إذا كان العقار تحت يد حائزاً.

وفى ضوء هذه القضية المنطقية يتضح أن كل حق عينى تبعى، يرد على عقار، يخول صاحبه حق التتبع؛ يمسى الشخص الذى آل إليه حقاً عينياً، قابلاً للرهن بصفة مستقلة، حائزاً، سواء أكان هذا العقار مرهوناً رهناً رسمياً أو حيازياً أم كان مثقلاً بحق اختصاص أو امتياز.

([191]) أنظر على سبيل المثال د/أحمد سلامة، دروس فى التأمينات المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1968، ص236، فـ135 وما بعدها؛ ود/محمود جمال الدين زكى، رجع (6)، ص286، فـ154 وما بعدها.

والذى يؤيد ما ذهبنا إليه الآتى:

1 - إن المشرع قرر فى أكثر من موضع على بسط الأحكام الواردة فى شأن الرهن الرسمى إلى تأمينات أخرى فيما لا يتعارض مع الطبيعة الخاصة بكل تأمين وعلى سبيل المثال ما نص عليه فى [المادة (1095) مدنى ([192])] و[المادة (1114) مدنى ([193])] و[المادة (1/1134) مدنى ([194])]

2-إنه يوجد اتفاق فى الفقه القانونى على أن أحكام الرهن الرسمى تعد الشريعة العامة لسائر التأمينات العينية (رهن حيازى أو حق اختصاص أو حق امتياز). فهذه التأمينات، وإن كانت مختلفة من حيث المصدر المنشئ لها والمحل الذى ترد عليه، إلا أن الهدف من تقريرها واحد هو ضمان الوفاء بحق شخصى . فإذا كان محل هذا الضمان عقار فإنه يخضع لأحكام الشريعة العامة، فيما لا يتعارض مع الطبيعة الخاصة بكل تأمين.

المطلب الثانى

الخلف

(تعريفه وشروطه)

([192]) تنص المادة (1095) مدنى على أنه "يكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمى، ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن من أحكام وبخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه، وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة".

([193]) تنص المادة (1114) مدنى على أنه "يشترط لنفاذ الرهن العقارى فى حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يقيد عقد الرهن؛ وتسرى على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمى".

([194]) تنص الفقرة الأولى للمادة (1134) مدنى على أنه "1- تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار، أحكام الرهن الرسمى بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو".

- عرفنا أنه يمكن بسط أحكام الحائز لكل عقار مثقل بتأمين عينى، أياً كان نوع هذا التأمين . وعندئذ هل يعد الخلف العام حائزاً للأموال التركة العقارية المثقلة بامتياز دين التركة؟.

وللإجابة عن ذلك نعرج على التعريف بالخلف وبيان شروطه وذلك من خلال ما هو آتٍ من نقاط.

أولاً - تعريف الخلف

- لا جرم أن الخلف هو ***"كل شخص يخلف سلفه - حال الممات- فى تركته صورة ومعنى شرعاً***". والخلافة إما أن تكون اختيارية (الوصية) وإما أن تكون إجبارية (الميراث). والتركة تنتقل بالخلافة مثقلة بالحق العينى الضامن للوفاء بالتزاماتها . وإذا كان الأمر على هذا النحو فهل يعد الخلف حائزاً للأموال العقارية المثقلة بدين التركة؟ أم لا؟.

هل يعد الخلف حائزاً ؟ أم لا ؟

- لا غرو أن يفترق الرأى فى الفقه حول مسألة هل يعد الخلف حائزاً للأموال العقارية للتركة المدينة . والسبب فى ذلك هو الاخلاف الفقهى حول الوقت الذى تنتقل فيه ملكية أموال هذه التركة من السلف إلى الخلف ([195])؛ هل هو لحظة وفاة السلف؟ أم هو وقت الوفاء بالالتزامات التى تثقل التركة.

([195]) حكم قضائى 48/391 س؛ مصر فى 13 نوفمبر سنة 1952، م ش 116/23 [منشور فى مؤلف أ / أحمد نصر الجندى، مبادئ القضاء الشرعى فى خمسين عاماً –المجلد الأول- ط 2- ص168(المبدأ 25)، دار الفكر العربى، القاهرة، سنة 1398هـ/ 1978م] جاء به "وحيث أنه وإن كان ثمة إجماع على أن للدائنين حقاً عينياً على التركة فإن الخلاف فى الرأى بين أئمة المذاهب حول تحديد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية للورثة والحقوق التى يخولها الشرع للدائنين ليس مجرد خلاف نظرى وذلك لاختلاف الحكم فى كلتا الحالتين ففى رأى الحنفية تتراخى ملكية الورثة إلى ما بعد وفاء الديون وإذا تصرف الوارث فى مال المورث قبل تحقق هذا الشرط وقع تصرفه باطلاً بل أن الورثة لا يجوز لهم أن يتقاسموا

فذهب رأى، وهو بصدد الحديث عن أحكام حائز العقار المرهون رهناً رسمياً، إلى القول بأن الوارث لا يعد حائزاً؛ لأن ملكية التركة لا تنتقل إليه إلا بعد سداد الديون ([196]). وهذا الرأى يأخذ بفكرة عدم أنتقال حقوق التركة المدينة إلى الورثة إلا بعد الوفاء بالتزاماتها؛ متأثراً فى ذلك بمذهب الأحناف. وهذه الفكرة تثير مشكلة الذمة المالية؛ والقول ببقائها للسلف بعد موته إلى الوقت الذى تسدد فيه ديونه. ومقتضى ذلك أن تظل الأموال على ملك السلف ولا تنتقل الملكية للخلف إلا من هذا الوقت.

غير أن هذا الرأى لم يحز القبول لدينا لكثرة إفتراضاته؛ فالذمة المالية -فى حد ذاتها- أمر إفتراضى؛ فهل من المقبول إفتراض أن الأمر المفترض يستمر إلى ما بعد موت الشخص؟. فضلاً عن كونه لا يتفق مع فكرة تخويل دائن التركة حق عينى تبعى على أموال التركة؛ وما يتولد عن ذلك من حق تتبع هذه الأموال تحت أى يد تكون.

وذهب رأى إلى القول بأن الوارث يعد حائزاً؛ لأن ملكلية أموال التركة تنتقل من لحظة موت السلف إلى الورثة مثقلة بالديون ([197]).

وفى تقديرنا أن الرأى الأخير يرجح الأول للآتى:

- اتفاق الفكر القانونى (الفقه والقضاء) على التالى:

التركة لأنها لم تدخل فى مالهم المشترك حتى يحق لهم اقتسامها فهى لا تزال باقية فى ذمة المتوفى وعلى ملكه ما دام الدائنون لم يستوفوا ديونهم كاملة وما دام الموصى لهم لم يأخذوا ما أوصى لهم به وذلك كله نتيجة حتمية لما تفتق عنه ذهن أصحاب هذا المذهب من وجود ذمة للمتوفى مستقلة عن الورثة ولا قيام لهذا النتائج فى المذهب الآخر لأن أيلولة التركة إلى الورثة بمجرد الوفاة تجعلهم أصحاب الشأن فيها يتصرفون بكافة التصرفات الشرعية التى للمالك ولا يحد من تصرفاتهم إلا ما للدائنين من حق عينى على مال التركة".

([196]) د/محمد على الإمام، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، بدون تاريخ للنشر، ص 347، ف 233؛ د/ محمود جمال الدين زكى، مرجع (6)، ص 290، ف 155.

([197]) د/أحمد سلامة، مرجع (190)، ص 241، ف 137.

- إن لدائن التركة حق عينى تبعى على أموالها؛ يضمن الوفاء بحقه ([198]).
- إن لصاحب الحق التبعى حق تتبع أموال التركة تحت أى يد يكون.
- يتقرر الحق التبعى لدائن التركة على أموالها من لحظة موت المدين؛ وليس إلا.

وفى ضوء ذلك نطرح السؤال التالى : فى مواجهة أى شخص يباشر دائن التركة حق التتبع، الذى يخوله له الحق العينى، إذا كانت أموالها تظل على ملك السلف ولا تنتقل إلى الوارث؟ ولا سيما أن الوارث ليس لديه مكنة التصرف فى هذه الأموال للغير؛ لأن فاقد الشئ لا يعطيه . وبديهياً أنه لا يمكن القول بأن للدائن مباشرة هذا الحق فى مواجهة الشخص الذى تلقى حقاً عينياً، قابل للرهن بصفة مستقلة، من السلف قبل مماته؛ لأن حق دائن التركة فى تتبع أموالها لا يتقرر إلا من لحظة الممات، وليس قبل ذلك.

([198]) قضت محكمة النقض فى الطعن رقم 56 لسنة 38 ق - جلسة 23 ديسمبر سنة 1973 (مجموعة أحكام النقض 24-1347-231) بأن "الأصل أن أموال المدين جميعها على ما جاء بنص المادة (234) من القانون المدنى ضامنة للوفاء بديون، وإذا كان ما ورد بالمادة الأولى من القانون رقم 513 لسنة 1953 من أنه "لا يجوز التنفيذ على الأرض الزراعية التى يملكها المزارع إذا لم يجاوز ما يملكه منها خمسة أفدنة، فإذا زادت ملكيته على هذه المساحة وقت التنفيذ جاز اتخاذ الإجراءات على الزيادة وحدها". يعتبر استثناءً من هذا الضمان، فإنه شأن كل = =استثناء لا ينصرف إلا لمن تقرر لمصلحته وهو المدين وإذا كانت تركة المدين تعتبر منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم وللدائن حق عينى يخوله تتبعها لاستيفاء دينه منها بسبب مغايرة شخصية المورث لشخصية الوارث وكان حق الدائن فى ذلك أسبق من حق الوارث الذى تؤول له من التركة إلا الباقى بعد أداء الدين، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر، وحرم الدائن من اتخاذ إجراءات التنفيذ على أعيان التركة استناداً إلى أن للورثة بأشخاصهم إذا كانوا من الزراع أن يفيد كل منهم وقت التنفيذ على أموال التركة من الحماية المقررة بالقانون 513 لسنة 1953، قد خالف القانون...".

وبناء على ما سبق يتبين أن وضع الخلف بالنسبة للأموال التركة المدينة كوضع الحائز الذى ينتقل إليه حق عينى على مال مثقل بحق عينى تبعى (199).

بيد أن الخلف لكى يكتسب صفة الحائز يجب ألا يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن أداء الدين . فلا يعد حائزاً الخلف الذى يكون متضامناً مع سلفه فى الوفاء به.

والحائز؛ فى ضوء الشريعة العامة للتأمينات العينية؛ يمكن تعريفه بأنه ***" شخص غير مسئول شخصياً عن الدين المضمون انتقل إليه حق عينى قابل للرهن بعد تقرير التامين العينى عليه "*** [المادة (2/1060) مدنى (200)] (201).

ثانياً - الشروط الواجب توافرها فى الخلف باعتباره حائزاً

109- لا جناح أن فى ضوء التعريف -آنف الذكر- يتبين أنه يجب أن تتوافر فى الخلف، لاعتباره حائزاً، الشروط الآتية:

---

(199) تنص الفقرة الأولى للمادة (1134) مدنى على أنه "1- تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار، أحكام الرهن الرسمى بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو".

(200) تنص المادة (2/1060) على أنه "2- ويعتبر حائزاً لـلعقار المرهون كل من انتقلت إليه، بأى سبب من الأسباب، ملكية هذا العقار، أو أى حق عينى آخر عليه قابل للرهن، (بعد تقرير التأمين العينى عليه)، دون أن يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن".
يجب تعديل نص هذه الفقرة بإضافة العبارة الواردة بين القوسين إليه لاكتماله وضوحاً. مع ملاحظة أن هذه العبارة جاءت مطلقة دون تقييدها بنوع من التأمينات العينية المختلفة (الرهن بنوعيه وحق الاختصاص وحق الامتياز) لأن الشخص الذى ينتقل إليه حق عينى قابل للرهن مستقلاً على مال مثقل بأى تأمين من هذه التأمينات يعد حائزاً.

(201) MAZEAUD ET ChABAS , lecon de droit civil - suretes publicite fonciere - Sixieme Edition , p. 475, No. 496, MONTCHRESTIEN Paris, 1988.

الشرط الأول ـ أن ينتقل إليه حق عينى على مال مثقل بتأمين عينى:

يجب، لاعتبار الخلف حائزاً للمال المثقل بحق الامتياز، أن ينتقل إليه حق عينى أصلى على هذا المال كله أو بعضه بسبب الخلافة (الميراث أو الوصية)، باعتبارهما من أسباب كسب ا لملكية [المواد (جمادى أول رجب شعبان - رجب محرم رمضان) مدنى]؛ بشرط أن يكون هذا الحق قابل للرهن أو البيع مستقلاً بالمزاد العلنى كحق الملكية (تامة أو ناقصة) وكحق الانتفاع.

وعلى ذلك لا يعتبر حائزاً مستأجر المال ولا واضع اليد عليه ولا صاحب الحق العينى الأصلى الذى لا يجوز بيعه بالم زاد العلنى كحق الارتفاق وحق السكنى. ومن ثم فإن صاحب حق الامتياز يتخذ إجراءات التنفيذ على المال المثقل به فى مواجهة الخلف وليس فى مواجهة من سبق ذكرهم (صفر شوال صفر).

الشرط الثانى ـ ألا يكون الخلف ملتزماً شخصياً بالدين :

هذا الشرط تقتضيه الأحكام القانونية التى خولت الحائز حقوقاً تتنافى مع اعتباره ملتزماً بالدين فى كافة أمواله؛ منها الحق فى تطهير المال أو أن يتخلى عنه؛ وهذا لا يكون لمن كان مسئولاً مسئولية شخصية عن الدين. إذ أنه يكون من حق الدائن التنفيذ على كل أمواله بما فيها المال الذى كسب عليه حق امتياز باعتباره داخلاً فى الضمان العام.

وإذا كان الحائز غير مسئولٍ شخصياً عن الدين فإنه يسأل مسئولية عينية بسبب كسبه حق عينى على المال. فللدائن الحق فى تتبع هذا المال تحت يده والتنفيذ عليه؛ متى اتخذ الإجراءات القانونية اللازمة لذلك.

([202]) د/ محمد على إمام، مرجع (195)، ص 345 ف233؛ ود/ عبدالرزاق أحمد السنهورى، مرجع (29)، ص523، ص262 ؛ ود/ محمود جمال الدين زكى، مرجع (6)، ص 288 ف 155.

وفى ضوء ما سبق فإنه لا يعتبر حائزاً المدين المتضامن ولا الكفيل الشخصى ولا الكفيل العينى.

المطلب الثالث
الخلف
(السلطات والالتزامات)

شَوَّالٌ مُحَرَّمٌ مُحَرَّمٌ- لا جرم أنه **إذا** توافرت الشروط - آنفة الذكر- فى شخص الخلف أضحى حائزاً للمال المثقل بحق الامتياز؛ تتحدد سلطاته عليه بحدود الحق العينى الأصلى الذى له على هذا المال. فإذا كان له عليه حق ملكية فهذا الحق يخول صاحبه السلطات الثلاث (الاستعمال والاستغلال والتصرف) بشرط ألا يؤدى مباشرته لذلك إلى المساس بسلامة التأمين العينى.

ويلتزم الخلف (الحائز) بألا يأت من الأعمال التى تؤدى إلى إنقاص الضمان إنقاصاً كبيراً. وللدائن الحق فى اتخاذ الإجراءات القانونية التى يترتب عليها وقف مثل هذه الأعمال . ويكون الخلف مسئولاً مسئولية شخصية قبل الدائنين عما يصيب المال المثقل بالحق العينى بخطئه [المادة (مُحَرَّمٌ شَعۡبَان شَوَّالٌ مُحَرَّمٌ) مدنى (رَبِيع أول شَوَّالٌ صَفَر)].

المطلب الرابع
شروط مباشرة حق التتبع

مُحَرَّمٌ مُحَرَّمٌ مُحَرَّمٌ- **لا** جرم أن القانون يقرر لصاحب التأمين العينى حق التتبع فى مواجهة حائز المال المثقل بهذا التأمين متى اتخذ الإجراءات التى نص عليها القانون لتقرير هذا الحق . غير أنه إذا كان هذا المال منقولاً

([203]) تنص المادة (1081) مدنى على أن "الحائز مسئول شخصياً قبل الدائنين عما يصيب العقار من تلف بخطئه".

فإن حق التتبع قد يصطدم بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز [المادة (جمادى ثان رجب رمضان) مدنى (ربيع ثان شوال صفر)].

وبناء على ذلك فإن بحث هذه المسألة سيقتصر على مباشرة حق التتبع فى مواجهة الخلف حائز العقار. ومباشرة هذا الحق يجب أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

محرم- اكتساب الخلف حقاً عينياً على العقار المثقل بحق الامتياز:

يلزم لإعمال حق التتبع أن يكون قد انتقل إلى الخلف (الحائز) حق عينى على العقار المثقل بحق الامتياز بسبب الخلافة (الميراث أو الوصية) باعتبارهما من أسباب كسب الحقوق العينية.

صفر - أن يكون الدين المضمون مستحق الأداء:

يشترط لقيام حق التتبع أن يكون الدين المضمون مستحق الأداء سواء أكان الدين حال أم كان مؤجلاً وحل أجله بناء على اتفاق أو لضعف التأمينات الضامنة للوفاء بهذا الدين [المادة (ربيع أول رجب صفر/ربيع أول) مدنى(جمادى أول شوال صفر)].

أما إذا كان الدين مضافاً إلى أجل أو معلقاً على شرط؛ فإنه يمتنع على الدائن إعمال حق التتبع فى مواجهة الحائز إلا إذا حل الأجل أو

([204]) تنص المادة (976) مدنى على أنه "1- من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكاً له إذا كان حسن النية وقت حيازته. 2- فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد = =توافر لدى الحائز فى اعتبار الشئ خالياً من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب الملكية خالصة منها. 3- والحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

([205]) تنص الفقرة الثانية للمادة (273) مدنى على أنه "يسقط الحق فى الأجل : 1-00000 2- إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين. أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه . فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً".

تحقق الشرط ووجد الالتزام [المادة (شوال جمادى ثان شوال محرم/محرم) مدنى (جمادى ثان شوال صفر)] وهذا انعكاساً لصفة التبعية لحق العينى وكونه يستمد صفات الدين المضمون (رجب شوال صفر).

ربيع أول- أن يكون قيد حق الامتياز لا زال قائماً:

لإعمال حق التتبع يجب أن يكون حق ا لامتياز الوارد على المال قد اتخذت فى شأنه إجراءات الشهر بقيده أو التأشير به [المادة (ربيع ثان محرم رمضان) مدنى (شعبان شوال صفر)] فى سجلات الشهر العقارى [المادة (جمادى أول رمضان شعبان/ربيع أول) مدنى (رمضان شوال صفر)] وأن يكون هذا القيد قائماً فى تاريخ اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقـار المثقل به فى مواجهة الخلف [المادة (ربيع أول جمادى أول شوال محرم/محرم) مدنى (شوال محرم صفر)] .

ربيع ثان - ألا يكون الخلف قد استعمل أحد خياراته:

([206]) تنص المادة (1/1060) مدنى على أنه "يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون فى يد الحائز لهذا العقار، إلا إذا اختار الحائز أن يقضى الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه".

([207]) د/ أحمد سلامة، مرجع (190)، ص 242، ف 138.

([208]) تنص المادة (914) على أنه "إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً لأحكام النصوص السابقة، جاز لدائنى التركة العاديين أن ينفذوا بحقو قهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها، أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير، إذا أشروا بديونهم وفقاً لأحكام القانون".

([209]) تنص الفقرة الثالثة للمادة (895) مدنى على أنه "3- وفى جميع هذه الأحوال إذا ورد تأمين على عقار ولو يكن قد سبق شهره، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقاً للأحكام المقررة فى شهر ~~حق الاختصاص~~ (الرهن الرسمى)".
وعبارة "وفقاً للأحكام المقررة فى شهر حق الاختصاص " الواردة فى عجز نص هذه المادة تحتاج إلى تعديل بوضع عبارة "الرهن الرسمى " بدلاً عن عبارة "حق الاختصاص" لأن حكم [المادة (1095) مدنى] الذى يقرر شهر حق الاختصاص أحال إلى أحكام الرهن الرسمى فى هذا الشأن.

([210]) تنص المادة (1/1053) مدنى على أنه "1- لا يكون الرهن نافذاً فى حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار، وذلك دون الإخلال بالأحكام المقررة فى الإفلاس"

يشترط لقيام صاحب حق الامتياز بتتبع المال؛ ألا يكون الخلف قد استعمل أحد الخيارات التى أعطاها له القانون (قضاء الدين أو تطهير العقار أو التخلى عن العقار لمصفى التركة أو الموصى له بتصفيتها). فإذا وقع اختيار الخلف على أى من خياراته؛ كأن يقوم بقضاء الدين المضمون أو تطهير المال المثقل بحق الامتياز بعرض ثمنه على الدائن أو بالتخلى عن الحيازة المادية للعقار . فإن ذلك يؤدى إلى عدم إمكانية إعمال حق التتبع فى مواجهة الخلف.

المطلب الخامس
خيارات الخلف

صَفَرٌ مُحَرَّمٌ مُحَرَّمٌ- **لا** جرم أنه متى توافر فى الخلف شروطه ولحق التتبع شروطه وتمت إجراءات مباشرته صحيحة وفشل الخلف فى دفع ذلك بما خوله القانون من دفوع؛ أصبح التنفيذ على العقار واقع ما له من دافع . عندئذ يخول القانون الخلف خيارات أربعة هى:

قضاء الدين أو تطهير العقار أو تخلية العقار أو تحمل إجراءات نزع الملكية.

الخيار الأول
خيار قضاء الدين
Le paiement des creaciers

رَبِيعٌأَوَّلُ مُحَرَّمٌ مُحَرَّمٌ - **لا** جرم أن للخلف الحق فى المواءمة بين الخيارات المختلفة فإذا وجد أن قضاء الدين المضمون إلى الدائن صاحب حق الامتياز هو الذى يحقق مصلحته قام به (مُحَرَّمٌ مُحَرَّمٌ صَفَرٌ). والوفاء بالدين يكون مفيداً للخلف متى كانت قيمة العقار أكبر من مبلغ الدين المضمون.

([211]) MAZEAUD ET ChABAS , lecon de droit civil - suretes publicite fonciere - Sixieme Edition , p. 476 , No . 498, MONTCHRESTIEN Paris, 1988.

الأثر المترتب على قضاء الدين

114- لا شك أنه يترتب على قضاء الدين من جانب الخلف الآثار الآتية:

- **براءة التركة** من الدين المضمون بقدر ما تم الوفاء به من الدين فإذا كان الخلف قد قام بالوفاء بكامل الدين برئت التركة من الدين كله. وإذا كان الخلف وفى بعض الدين؛ برئت التركة بقدر قيمة الوفاء ويقع عليه عبء الوفاء بما تبقى.
- **محو القيود** التى تثقل العقار لأن صفة التبعية للرهن وما فى حكمه تجعله يزول بانقضاء الدين المضمون ؛ فإذا وفى الحائز بالدين كان له الحق فى أن ينعم بعقار محرر من كافة القيود التى كانت عليه [المادة (1063/3) مدنى (212)].

الخيار الثانى

خيار تطهير العقار

La purge de l` immeuble

115- **عرفنا** أن للخلف حق المفاضلة فيما بين الخيارات التى خولها له القانون وفق لما تمليه عليه مصلحته. وعندئذ فقد لا يقع اختياره على خيار قضاء الدين المضمون. ولكن قد يقع اختياره على خيار تطهير العقار (213) لما فى ذلك من نفع يعود عليه **(214)**، فيقوم بعرضه على أصحاب الحقوق المقيدة عليه (215).

---

(212) تنص المادة (3/1063) مدنى على أنه "وفى كلتا الحالتين لا يجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار، ولكن إذا هو وفى لهم فإن العقار يعتبر خالصاً من كل رهن ويكون للحائز الحق فى طلب محو ما على العقار من القيود".

(213) MAZEAUD ET CHABAS , lecon de droit civil - suretes publicite fonciere - Sixieme Edition , p. 475, No. 496, MONTCHRESTIEN Paris, 1988.

(214) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، تأليف العلامة فخر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى، ج 6، ص 214. فلقد جاء به "وفى فتاوى رشيد الدين إذا كانت التركة مستغرقة بالدين فأراد الوارث استخلاص ا لتركة ونقد المال

لا جرم أن التطهير شأنه شأن قضاء الدين يعد بمثابة وسيلة للتخلص من حق التتبع باعتباره أ ثر لقيد الحق العينى التبعى . غير أن الأول (التطهير) يمتاز على الأخير (القضاء) بأنه يؤدى إلى تحرير العقار مما يثقله من قيود دون أن يكلف الخلف دفع أكثر من قيمة العقار . كما أنه يسمح للخلف بالتخلص من الديون فى أى وقت يشاء حتى لو كان ذلك قبل حلول أجالها [المادة (جمادى ثان رمضان شعبان) مدنى (جمادى ثان محرم صفر)].

بينما يمتاز خيار قضاء الدين فى أنه يحقق للخلف ميزة الاحتفاظ بالعقار فى كل الأحوال. فى حين أن التطهير يعرضه لاحتمال خروجه من ملكه؛ إذ ما اختار صاحب حق الامتياز المقيدة على العقار بيعه بالمزاد.

والواقع أن مصلحة الخلف فى قضاء الدين لا تظهر إلا عندما يكون مقداره أقل من قيمة العقار؛ فإن كانت هذه القيمة أقل من مقدار الديون المضمونة اختار سبيل التطهير (رمضان محرم صفر).

شروط خيار التطهير

جمادى ثان محرم محرم- يلزم لكى نكون بصدد خياراً للتطهير أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

محرم - يجب أن يكون طالب التطهير حائزاً للعقار:

يجبر رب الدين على القبول. لأن عند استغراق التركة بالدين وإن كان لا ملك لهم ولكن لهم حق استخلاص التركة.

([215]) تنص المادة (1/1064) مدنى على أنه "يجوز للحائز إذا سجل سند ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند".

([216]) تنص المادة (896) مدنى على أنه "يجوز لكل وارث بعد توزيع الديون المؤجلة أن يدفع القدر الذى اختص به قبل أن يحل الأجل طبقاً للمادة 894".

([217]) د/ محمد على إمام، مرجع (189)، ص 365 ف 245.

بمعنى أن يكون الشخص طالب التطهير قد انتقلت إليه ملكية العقار المثقل بالحقوق المقيدة عليه؛ أو انتقل إليه حقاً عينياً أصلياً يجوز بيعه بالمزاد العلنى على هذا العقار. وأن يكون هذا الشخص أجنبياً عن الدين المضمون؛ أى أنه لا يكون ملتزماً شخصياً بالوفا ء به؛ كالمدين المتضامن. وانتقال التركة إلى الخلف يجعله حائزاً؛ ولنفاذ التصرفات الصادرة من الوارث أوجبت قوانين الشهر العقارى على الوارث شهر حق الإرث ([218]).

صفر - **<u>يجب أن يقوم الخلف بعرض الوفاء بقيمة العقار على أصحاب الحقوق المقيدة عليه:</u>**

تبدأ إجراءات التطهير بأن يعلن الخلف عرضه لقيمة العقار على أصحاب الحقوق المقيدة عليه. ولا يتقيد الحائز فى ذلك بالثمن الفعلى لهذا العقار فله أن يعرض المبلغ الذى يقدره هو لهذه القيمة . على أن حرية الحائز فى هذا التقدير ليست مطلقة فهى مقيدة بالآتى [المادة (جمادى أول جمادى ثان شوال محرم/ج) مدنى (رمضان محرم صفر)].

([218]) تنص المادة (30) من قانون السجل العينى رقم 142 لسنة 1964 على أنه "يجب قيد حق الإرث إذا اشتملت التركة حقوق عينية عقارية بقيد السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة التى يجب أن تتضمن نصيب كل وارث، وإلى أن يتم هذا القيد لا يجوز للوارث أن يتصرف فى حق من هذه الحقوق".

وتنص المادة (13) من قانون الشهر العقارى لسنة 1946 على أنه "يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية وذلك بدون رسم وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق.

ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحده يبنى على أساسها تصرفات الورثة".

([219]) تنص المادة (1065/ج) على أن "المبلغ الذى يقدره الحائز قيمة للعقار ولو كان التصرف بيعاً ويجب ألا يقل هذا المبلغ عن السعر الذى يتخذ = =أساساً لتقدير الثمن فى حالة نزع الملكية، ولا أن يقل فى أى حال عن الباقى فى ذمة الحائز من ثمن العقار إذا كان التصرف بيعاً . إذا كانت أجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة وجب تقدير قيمة كل جزء على حده".

- ألا يقل المبلغ المعروض عن السعر الذى يتخذ أساساً لتقدير الثمن فى حالة نزع الملكية وهذا الأساس هو "الضريبة التى تدفع عن العقار" (220).

- أن يتم تقدير كل جزء على حدة فى حالة ما إذا كانت أجزاء العقار مثقلة بقيود مختلفة . فمثلاً لو كان هذا العقار مساحته عشرين فدان خمسة منها مثقلة بحق امتياز حق الدائينة وغيره، وخمسة عليها رهن رسمى، وخمسة مرهونة رهناً حيازياً، والخمسة الأخرى عليها حق اختصاص. فإنه يتم تقدير كل مساحة وارد عليها قيد بصفة مستقلة.

3 - إعلان العرض لأصحاب الحقوق المقيدة على العقار :

إذا كان الغر ض من التطهير هو تحرير العقار من كل الحقوق المقيدة عليه والنافذة فى حق الخلف؛ فإنه يجب عليه أن يوجه العرض إلى كل أصحاب الحقوق المقيدة على العقار قبل إكتسابه لحق الأرث وتسجيل إشهاداته . فيوجه العرض إلى الدائن المرتهن رهناً رسمياً أو حيازياً؛ وإلى صاحب حق اختصاص أو حق امتياز خاص على العقار بما ذلك صاحب حق الدائنية. ويجب أن يوجه الإعلان إلى هؤلاء، سواء أكانت ديونهم حالة أم كانت مؤجلة، على محالهم المختارة المذكورة فى القيود [المادة (1065) مدنى (221)]؛ وأخيراً يجب أن يتم الإعلان بأحدى أوراق المحضرين ويكون على يد محضر.

---

(220) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 7، ص 119.

(221) تنص المادة (1065) مدنى على أنه "إذا أراد الحائز تطهير العقار وجب عليه أن يوجه إلى الدائنين المقيدة حقوقهم فى مواطنهم المحتار المذكورة فى القيد إعلانات تشمل على البيانات الآتية:

أ- خلاصة من سند ملكية الحائز تقتصر على بيان نوع التصرف وتاريخه واسم المالك السابق للعقار مع تعيين هذا المالك تعييناً دقيقاً ومحل العقار مع تعيينه بالدقة . وإذا كان التصرف بيعاً يذكر = =أيضاً الثمن وما عسى أن يوجد من تكاليف تعتبر جزءاً من هذا الثمن.

ب- تاريخ تسجيل ملكية الحائز ورقم هذا التسجيل.

ج- المبلغ الذى يقدره الحائز قيمة للعقار ولو كان التصرف بيعاً ويجب ألا يقل هذا المبلغ عن السعر الذى يتخذ أساساً لتقدير الثمن فى حالة نزع

وإذا أغفل الخلف إعلان العرض إلى أحد الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار والواجب عليه العرض عليهم؛ فإن ذلك لا يترتب عليه البطلان بالنسبة إلى الدائنين المعلنين . ولكن يترتب عليه عدم نفاذ التطهير فى مواجهته ويظل له الحق فى التتبع.

بيد أنه ليس من الضرورى أن يلتزم الخلف بعرض القيمة التى يقدرها عرضاً حقيقياً . بل يكفى أن يبدى استعداده لأن يسدد فى الحال كافة الديون المقيدة سواء كانت حالة أم مؤجلة. شريطة أن يكون العرض باتاً ومنجزاً؛ فلا يصح أن يعلق على شرط أو يضاف إلى أجل أو يقترن بأى تحفظ [المادة (1066) مدنى ([222])].

4 - أن يتم الإعلان قبل يوم إيداع قائمة شروط البيع :

يخول القانون للحائز الحق فى عرض قيمة العقار المثقل بالقيود من وقت تسجيل سند ملكيته (إشهار حق الإرث) دون أن ينتظر الإنذار بالدفع أو التخلية ([223]) ودون أن ينتظر حلول أجال الديون المقيدة([224]).

بيد أن هذا الحق يظل قائماً وقت هذا التسجيل إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع الذى يجب أن يتم خلال **تسعين يوماً** من تاريخ تسجيل تنبيه

الملكية ولا أن يقل فى أى حال عن الباقى فى ذمة الحائز من ثمن العقار إذا كان التصرف بيعاً. وإذا كانت أجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة وجب تقدير قيمة كل جزء على حدة.

د- قائمة بالحقوق التى تم قيدها على العقار قبل تسجيل سند الحائز تشتمل على بيان تاريخ هذه القيود ومقدار هذه الحقوق وأسماء الدائنين".

([222]) تنص المادة (1066) مدنى على أنه "يجب على الحائز أن يذكر فى الإعلان أنه مستعد أن يوفى الديون المقيدة إلى القدر الذى قوم به العقار . وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقداً بل ينحصر العرض فى إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع فى الحال أياً كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة".

([223]) تنص المادة (2/1064) مدنى على أنه "2- وللحائز أن يستعمل هذا الحق (تطهير العقار) حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى = =المدين أو الإنذار إلى هذا الحائز، ويبقى هذا الحق قائماً إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع ".

([224]) د/ السنهورى، مرجع (149) ص556، ف 292.

نزع الملكية؛ وإلا أعتبر تسجيل التنبيه كأن لم يكن [المادة (414) مرافعات (225)].

5 - الالتزام بالشكل القانونى للإعلان:

يجب على الخلف أن يلتزم بالشكل الذى نص عليه القانون للإعلان [المادة (1065) مدنى] بأن يتم على يد محضر فى المحال المختارة لأصحاب الحقوق المقيدة على العقار على أن يشتمل الإعلان على البيانات الآتية :

- خلاصة من سند ملكية الخلف .
- تاريخ ورقم تسجيل هذا السند .
- المبلغ المقدر كقيمة للعقار .
- قائمة بالحقوق المقيدة على العقار قبل تسجيل سند ملكيته .

6 - قبول العرض من كل أصحاب الحقوق المقيدة على العقار :

بمعنى ألا يقابل هذا العرض بالرفض من أحد الدائنين أو أحد كفلائهم. لأن فى رفض العرض استمرارية لحق التتبع فضلاً عن إمكانية عرض العقار للبيع بالمزاد العلنى.

الآثار المترتبة على إعلان العرض بالتطهير

117- يترتب على إعلان العرض بالتطهير أثار هامة هى التزام الخلف بالعرض الذى أعلنه . ونشأت حق الدائن فى الخيار بين قبول العرض وبين رفضه وطلب بيع العقار بالمزاد.

---

(225) تنص المادة (414) مرافعات على أنه "يودع من يباشر الإجراءات قلم كتاب محكمة التنفيذ قائمة شروط البيع خلال تسعين يوماً من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية وإلا اعتبر تسجيل التنبيه كأن لم يكن .... ".

<u>أولاً</u> - التزام الخلف بالعرض المعلن .

لا جرم أنه يقع على عاتق الخلف، بمجرد إعلان عرضه لتطهير العقار على الدائنين، التزاماً بعدم الرجوع عن هذا العرض خلال المدة التى حددها القانون لقبول اعتراض هؤلاء على العرض المعلن لهم؛ ومطالبة أيهم ببيع العقار بالمزاد [المادة (1067) مدنى ([226])].

وجاء فى الأعمال التحضيرية ([227]) أن مصدر التزام الحائز بعرضه هو الإرادة المنفردة وأيدها جانب كبير من الفقه فى ذلك ([228]) وقال البعض ([229]) بأن مصدره السبب الذى أكسب الخلف ملكية العقار المثقل بالحق العينى.

وفى تقديرنا أن التزام الحائز بالبقاء على عرضه وعدم رجوعه فيه مصدره المباشر القانون؛ لأنه هو الذى حدد المدة الملزمة للطرفين فإن كان العرض الصادر من الخلف مصدره الإرادة؛ إلا أن الالتزام بالقيام به خلال فترة معينة مصدره القانون.

وإذا كان قبول العرض أو الاعتراض عليه مصدره إرادة الدائن المقيد حقه على العقار؛ إلا أن الالتزام بإبداء الرغبة خلال مدة معينة مصدره المباشر القانون. فهذه الالتزامات تسرى فى شأنها النصوص التى أنشأتها [المادة (198) مدنى ([230])].

([226]) تنص المادة (1067) مدنى على أنه "يجوز لكل دائن قيد حقه ولكل كفيل مقيد حقه أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره . ويكون ذلك فى مدى ثلاثين يوماً من آخر إعلان رسمى يضاف إليها مواعيد المسافة ما بين الموطن الأصلى للدائن وموطنه المختار على ألا تزيد مواعيد المسافة على ثلاثين يوماً أخرى".

([227]) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 7، ص119.

([228]) د/ جمال زكى، مرجع (6)، ص311 ف 173؛ ود/ السنهورى، مرجع (152) ص 533، ف 288.

([229]) د/ أحمد سلامة، مرجع (190) ص262، ف 149.

([230]) تنص المادة (198) مدنى على أن "الالتزامات التى تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى النصوص القانونية التى أنشأتها".

بيد أنه إذا أخل الحائز بالتزامه كان للدائنين الحق فى إجباره على تنفيذ التزامه تنفيذاً ع ينياً متى كان ذلك ممكناً [المادة (203/1) مدنى ([231])]؛ وإذا سكت الدائن حتى انقضت المدة المحددة اعتبر سكوته قبولاً للعرض ولا يجوز له بعد ذلك أن يطلب بيع العقار بالمزاد.

وإذا كان الأصل هو عدم رجوع الحائز عن عرضه خلال المدة المحددة قانوناً إلا أنه قد تطرأ ظر وف لا يد للحائز فيها تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً [المادة (215) مدنى ([232])]. كفسخ العقد الذى هو سند ملكية السلف فهذه الحالة تعفيه من إلزامه بالبقاء على عرضه؛ أو تجعل مثل هذه الظروف الالتزام مرهقاً؛ كاستحقاق الغير جزء من العقار بعد إعلان العرض . ففى هذه الحالة يجوز له أن ينقص المبلغ المعروض بما يعادل الجزء الذى استحق للغير من العقار . ولا شك أن التزامه بالبقاء على عرضه لا يحول بينه وبين التمسك بالدفوع التى كان له التمسك بها قبل الإعلان ([233]).

ثانياً - خيار أصحاب الحقوق المقيدة على العقار.

لا جرم أن ه ذا الخيار يثبت لكل صاحب حق مقيد على العقار يكون له بموجبه قبول العرض أو الاعتراض عليه.

فقد يجد الدائنون من مصلحتهم قبول العرض؛ لأن القيمة المعروضة هى القيمة الحقيقية للعقار؛ سواء أكانت تفى بكل حقوقهم أم كان لا أمل

([231]) تنص الفقرة الأولى للمادة (203) مدنى على أنه "1- يجبر المدين بعد أعذاره طبقاً للمادتين (219) و(220) على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً".

([232]) تنص المادة (215) مدنى على أنه "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه".

([233]) د/ جمال زكى، مرجع (6) ص 312 فـ173.

فى الحصول على ثمن أعلى من المبلغ المعروض إذا عرض العقار للبيع بالمزاد العلنى.

ويجوز أن يكون قبول الدائنين للعرض **صراحة** بإبداء موافقتهم عليه خلال الميعاد المحدد ، ويصح أن يستفاد **ضمناً** من انقضاء الميعاد المعطى لهم وهو **ثلاثون يوماً** من تاريخ أخر إعلان رسمى غير مواعيد المسافة التى يجب ألا تزيد عن **ثلاثين يوماً** أخرى [المادة (1067) مدنى ([234])] دون أن يطلب أحدهم أو أحد الكفلاء بيع العقار المطلوب تطهيره.

وإذا قبل الدائنون جميعاً العرض ترتب على ذلك اعتبار الخلف ملتزماً فى مواجهتهم بالقيمة المعروضة؛ ويسأل شخصياً فى كل أمواله (الضمان العام) عن دفع المبلغ الذى قبله الدائنون.

وإذا قام الخلف بدفع القيمة المعروضة للدائنين المقيدة حقوقهم حسب مرتبة كل قيد؛ أو قام بإيداع هذه القيمة خزينة المحكمة ترتب على ذلك تطهير العقار من الحقوق التى كانت تثقله وتصبح ملكية العقار مستقرة نهائياً للحائز وخالصة من كل قيد.

غير أنه قد يرى الدائن أن هناك ثمة احتمال للحصول على ثمن أكبر من المبلغ المعروض عند طرح العقار للبيع فى المزاد . فإنه يرفض العرض خلال المدة المحددة قانوناً؛ ويطلب عرض العقار للبيع بالمزاد العلنى [المادة (1067) مدنى].

ولا يجوز لطالب البيع بالمزاد أن يتنازل عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين والكفلاء [المادة (1068/1) مدنى ([235])]. ويجب على

([234]) تنص المادة (1067) مدنى على أنه "يجوز لكل دائن قيد حقه ولكل كفيل مقيد حقه أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره . ويكون ذلك فى مدى ثلاثين يوماً من آخر إعلان رسمى يضاف إليها مواعيد المسافة ما بين الموطن الأصلى للدائن وموطنه المختار على ألا تزيد مواعيد المسافة على ثلاثين يوماً أخرى".

([235]) تنص الفقرة الأولى للمادة (1068) مدنى على أنه "1- يكون الطلب بإعلان يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق ويوقعه الطالب أو من يوكله

الطالب أن يودع خزينة المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزاد. ولا يجوز أن يسترد ما استغرق منه فى المصروفات إذا لم يرس المزاد بثمن أعلى من المبلغ الذى عرضه الخلف [المادة (شعبان جمادى ثان شوال محرم/محرم) مدنى].

وإذا عرض العقار للبيع بالمزاد العلنى فإنه يترتب على هذا النوع من البيع تحرير العقار من كل القيود التى تثقله. سواء أكان الذى رسا عليه المزاد الخلف بنفس القيمة المعروضة لعدم تقدم مزايد بثمن أكبر أو بقيمة أكبر من المبلغ المعروض؛ أم ك ان الذى رسا عليه المزاد شخص أخر غير الخلف؛ سواء أكان دائناً أخر صاحب حق مقيد على العقار أم كان دائناً عادياً أم كان شخصاً من الغير.

الخيار الثالث

خيار تخلية العقار

Le delaissement de l` immeuble

(تعين المصفى)

شعبان محرم محرم-إذا لم يختر الخلف قضاء الدين ولم يلجأ إلى التطهير. فإنه لا مناص من إعمال حق التتبع واتخاذ الإجراءات التنفيذ على العقار . ولما كان ذلك يؤدى إلى أن تتخذ هذه الإجراءات فى مواجهته وأن يصبح مسئولاً عن إدارة العقار خلال فترة التنفيذ وقد ينتج عن ذلك المساس بسمعته المالية . فإن الخلف يستطيع التخلص من ك ل ذلك باللجوء إلى خيار التخلى؛ فهذا الخيار لا يمنع حق التتبع ولا يعطله إنما يتم إعمال الحق فى مواجهة شخص أخر غير الخلف.

غير أن أحكام خيار التخلية مقصور على التأمين العينى الوارد عقار دون الذى يرد على منقول ومن ثم فإنه يمكن تعريفه - بصفة عامة- بأنه

فى ذلك توكيلاً خاصاً، ويجب أن يودع الطالب خزانة المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزاد، ولا يجوز أن يسترد ما استغرق منه فى المصروفات إذا لم يرس المزاد بثمن أعلى من المبلغ الذى عرضه الحائز، ويكون الطلب باطلاً إذا لم تستوف هذه الشروط".

"هو إجراء قانونى بموجبه يتخلى الحائز أو الكفيل العينى عن الحيازة المادية للعقار لشخص تعينه المحكمة لتتخذ ضده إجراءات نزع الملكية".

أما أحكام تصفية التركات فقد قررها القانون لتشمل العقار والمنقول على حدٍ سواء. وإذا أردنا أن نعتبره أحد خيارات الخلف باعتباره حا ئزاً فإن الحديث يتناول عقارات التركة دون منقولاتها.

وفى ضوء ذلك يمكن تعريف التخلية - بصفة خاصة- (تصفية التركة) بأنها هى ***"إجراء قانونى بموجبه يتخلى الخلف عن الحيازة المادية للعقار لشخص أوصى بتعينه السلف أو عينته المحكمة بناء على طلب الخلف ليتخذ وتتخذ فى مواجهته الإجراءات القانونية الخاصة بتصفية التركة وسداد ديونها".***

الأثر المترتب على التخلية

رَمَضَانْ مُحَرَّمْ مُحَرَّمْ- إذا كان الأثر المترتب على كل من قضاء الدين والتطهير هو خلو ساحة العقار من الحقوق المقيدة عليه. واستقراره بشكل نهائى فى ذمة الخلف. فإن التخلية لا يترتب عليها مثل هذا الأثر؛ ولا تؤد إلى تخلى الخلف عن حقه العينى على العقار؛ ولا عن حيازته القانونية له . إنما تؤدى إلى تخليه عن الحيازة المادية ليتولاها شخص أخر (المصفى) الذى يتم تعينه بناء على وصية من السلف أو تعينه المحكمة بناء على طلب الخلف.

ويترتب على ذلك الآتى:

- إذا انقضى الحق الذى قيده يثقل العقار؛ لأى سبب من الأسباب عادت الحيازة المادية المتخلى عنها إلى الخلف.
- إذا هلك العقار المثقل بالقيود بقوة قاهرة، قبل الانتهاء من إجراءات التصفية، تحمل الخلف تبعة الهلاك.

- يجوز للخلف إلى قبل الانتهاء من إجراءا ت التصفية، أن يرجع عن التخلية ويسترد الحيازة المادية على أن يفى بالديون لأصحاب الحقوق المقيدة ؛ بما فى ذلك دين التركة.

الخيار الرابع
تحمل
إجراءات نزع الملكية

شَوّال صَفَر مُحَرَّم- إذا لم يختر الخلف قضاء الديون المقيدة على العقار ولم يعرض تطهيره منها ولم يتخلى عن حيازته ا لمادية له (نظام التصفية)؛ أضحى لكل دائن حل أجل دينه مضمون الوفاء به حق مقيد على هذا العقار أن يتخذ إجراءات نزع الملكية فى مواجهة الخلف . وفقاً لأحكام قانون المرافعـات [المادة (صَفَر رَجَب شَوّال مُحَرَّم) مدنى (جمادى الآخر ربيع أول صفر)] لكى يستوفى حقه من ثمن بيع العقـار.

ولا جرم أنه إذا لم يكن للخل ف دفع يوقف به سير إجراءات دعوى صاحب الدين المضمون؛ فإن هذه الإجراءات تستمر فى مواجهته وفقاً للأوضاع المقررة حتى يتم بيع العقار بالمزاد ويحق للخلف أن يدخل فى المزاد [المادة (ربيع أول رمضان شعبان/صفر) مدنى (رجب ربيع أول صفر)]. وينتهى الأمر برسو المزاد على أحد المزايدين سواء كان هو الخلف أم كان شخصاً من الغير.

([236]) تنص المادة (1072) مدنى على أنه "إذا لم يختر الحائز أن يقضى الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذا العقار، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقاً لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه فى وقت واحد".

([237]) تنص الفقرة الثانية للمادة (893) مدنى على أنه "2- وتباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزاد العلنى وفقاً للأوضاع وفى المواعيد المنصوص عليها فى البيوع الجبرية، إلا إذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى أو على أن يتم ممارسة . فإذا كانت التركة معسرة لزمت أيضاً موافقة جميع الدائنين . وللورثة فى جميع الأحوال الحق فى أن يدخلوا فى المزاد".

رســـو المزاد على الخلف

مُحَرَمُ صَفَرُ مُحَرَمُ- عرفنا أن الحق العينى التبعى، المقيد على العقار لضمان الوفاء بالحق الشخصى، ليس له من تأثير على الحقوق العينية الأصلية المسجلة على هذا العقار. طالما أن الأمر لم يصل بعد إلى البيع بالمزاد العلنى للوفاء بالدين المضمون. ويترتب على ذلك أنه يظل حق الملكية باعتباره أصل هذه الحقوق خالصاً لصاحبه (الخلف) فإذا رسا عليه المزاد فقد تأكد خلوصه له، واستقراره بشكل نهائى فى ذمته، وذلك من وقت سبب ملكيته (موت السلف) لا من وقت رسو المزاد. ولذلك لم ير الشارع فى أمر تسجيل الحكم بإيقاع البيع على الخلف أمراً واجباً؛ بل يؤشر به على هامش تسجيل حق الإرث الذى كان سبباً فى تملكه العقار.

رسو المزاد على غير الخلف

صَفَرُ صَفَرُ مُحَرَمُ- إذا كان رسو المزاد على الخلف يؤدى إلى استقرار ملكيته على العقـار بشكل نهائى، دون الحاجة إلى تسجيل حكم إيقاع البيع عليـه، بـل يؤشر به على هامش تسجيل حق الإرث . فإن رسو المزاد على شخص غيره يترتب عليه انتقال الملكية من الخلف إلى هذا الشخص؛ إذا تم تسجيل حكم إيقاع البيع فى سجلات مكتب الشهر العقارى المختص.

ويترتب على دفع الراسى عليه المزاد (الخلف أو الغير) الثمن إلى الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة على العقار أو إيداعه خزينة المحكمة المختصة تحرير العقار من كافة القيود التى تثقله.

<u>أولاً</u> - انتقال الملكية من الخلف إلى الراسى عليه المزاد .

يظل الخلف مالكاً للعقار طيلة سير إجراءات تصفية التركة حتى فى حالة تخليه عن الحيازة المادية له و توجيه هذه الإجراءات إلى المصفى الذى أوصى بتعينه السلف أو عينته المحكمة. فإذا حكم بإيقاع البيع على شخص أخر غيره؛ وقام قلم الكتاب بتسجيل هذا الحكم بالنيابة عن ذوى الشأن انتقلت الملكية من الخلف إلى الراسى عليه المزاد.

ويترتب على ملكية الخلف للعقار المثقل بحق الامتياز من وقت تسجيل حق الإرث إلى وقت تسجيل حكم إيقاع البيع على غيره النتائج الآتية:

محرم - صحة ونفاذ الحقوق التى رتبها الخلف على العقار، لصدورها من مالك العقار، بشرط عدم الإضرار بحقوق الدائنين المقيدة عليه قبل هذا التسجيل.

صفر - للخلف الحق فى الزيادة المتبقية من الثمن الذى رسا به المزاد بعد استيفاء أصحاب التأمينات العينية حقوقهم.

غير أنه إذا نقص الثمن، الذى رسا به المزاد على غير الخلف، عن حقوق الدائنين المقيدة على العقار، إضيفت الثمار والإيرادات من وقت الإنذار بالدفع أو التخلية إلى هذا الثمن لإستيفاء هذه الحقوق من الثمن والثمار حسب مرتبة كل منهم. شريطة ألا تترك إجراءات نزع الملكية مدة **ثلاثة سنوات** من تاريخ هذا الإنذار؛ وإلا فلا يلزم الخلف برد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد [المادة (رمضان رجب شوال محرم) مدنى (شعبان ربيع أول صفر)].

([238]) تنص المادة (1079) مدنى على أنه "على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية. فإذا تركت الإجراءات مدة ثلاث سنوات، فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد".

<u>ثانيــاً</u> - تطهير العقار بدفع الثمن للدائنين المقيدة حقوقهم أو إيداعه خزينة المحكمة .

إذا قام الشخص الذى رسا عليه المزاد بدفع الثمن إلى الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة على العقار أو بإيداعه خزينة المحكمة فإنه يترتب على ذلك تحرير العقار أو تطهيره من كافة الحقوق العينية التبعية المقيدة عليه.

- <u>التزامات الخلف بعد رسو المزاد</u> [المادة (مُحَرَّم شَعبان شَوّال مُحَرَّم) مدنى] :

الخلف، باعتبار أن العقار المثقل بحق الامتياز، تحت يده يمتنع عليه أن يأتى من الأعمال المادية أو القانونية التى تؤدى إلى المساس بسلامة الحقوق المقيدة على هذا العقار؛ سواء أكانت سابقة على تسجيل حق الإرث باعتباره خلفاً أم كانت لاحقة لهذا التسجيل باعتباره راهناً . فإذا وقع منه خطأ أدى إلى تلف العقار ترتب عليه عدم كفاية ثمن بيعه بالمزاد العلنى للوفاء بحقوق الدائنين المقيدة . عندئذ يكون لهؤلاء الحق فى الرجوع عليه بتعويض الضرر الناشئ من هذا الخطأ طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية ([239]).

المطلب السادس
انقضاء حق الامتياز

ربيع أول صفر مُحَرَّم- نعلم أن الامتياز حق عينى تبعى يوجد لضمان الوفاء بحق شخصى؛ هذا الذى يجعل الأول يرتبط بالثانى ارتباط مصير؛ فيوجد بوجوده ويزول بزواله.

وبناء على ذلك فإن حق الامتياز ينقضى بكل الأسباب التى ينقضى بها الحق الشخصى المضمون به؛ سواء أكان بزوال هذا الحق بالبطلان أو الفسخ أو الإنفساخ أم كان بالانقضاء بالوفاء أو ما يقوم مقام الوفاء أو بغير الوفاء.

([239]) د/ السنهورى، مرجع (152) ص 608، ف331.

ويمكن أن ينقضى حق الامتياز بصفة أصلية بالنزول عنه لأنه حق لصاحبه يجوز لصاحبه التنازل عنه . وهذا النزول لا يؤثر عل ى الحق الشخصى المضمون به إذ يظل قائماً كدين عادى مضمون من خلال الضمان العام للمدين.

الخاتمة

124 - لا جرم أنه من خلال تسليط أشعة البحث على هذا الموضوع أبصرنا بعض المرائى التى توصلنا من خلالها إلى نتائج وتوصيات نعرض لها من خلال النقاط التالية:

أولاً - النتائج

125 - لا جناح أن للائتمان دور بالغ الأهمية فى دائرة التعامل التى تعد الركيزة الأولى فى التنمية الاقتصادية فى المجتمع. وأن المداينات هى المحور الرئيسى لحركة الائتمان . وأن الله -ﷻ - سخر الأشياء كأدوات يستخدمها الإنسان بإعمال مكنة الاختيار فى التمتع به ا وتحقيق رفاهيته فى الأطر المرسومة لها. وأنه -ﷻ - جعل آدم خليفة فى الأرض وجعل الخلافة سبباً لتداول هذه الأشياء بين بنيه سواء أكان حال الحياة أم كان حال الممات.

وواضح من أحكام القانون (الشرعى والوضعى) المنظمة لتداول الأشياء بالخلافة أنها تعطى للوارث الحق فى الاعتراض على التصرفات الضارة به والصادرة من مورثه - حال مرض الموت- واعتبارها غير نافذة فى حقه؛ بالرغم من أن حق الخلافة لا يشغل الذمة المالية للسلف - حال الحياة- . وأنها تخول الدائن - أيضاً- حق الاعتراض بصفة عامة سواء أكان حال الصحة أم كان حال المرض؛ لأن حقه يشغل هذه الذمة - حال الحياة- ويعلق بتركة معنى -حال الممات-.

وتخويل الوارث حق الاعتراض على مثل هذه التصرفات دفع البعض إلى القول بأن حق الخلافة تدب فيه الحياة منذ دبيب مرض الموت فى جسم السلف.

وفى تقديرنا - وكنتيجة لهذا البحث- أن الأساس الذى يقوم علي ه حق الاعتراض ليس هو انسياب حق خلافة الوارث للمورث فى تركته المالية منذ مرض موته؛ بل على أساس خلافته فى حقوقه - أيضاً- فللشخص -

حال الحياة- الحق فى التمسك بإبطال التصرفات المشوبة بأحد عيوب الرضا، وهذا الحق ينتقل -حال الممات- إلى خلفه العام وبالإضافة إلى ذلك فقد أعطى الشارع للوارث الحق فى الاعتراض على تصرفات مرض الموت كتطبيق خاص للأحكام العامة فى عيوب التراضى لأن المرض الذى يخشى فيه الشخص من الموت له تأثير على الإرادة.

وبناء على ذلك فإن التصرفات الصادرة من السلف المشوبة بعيب فى الرضا -حال الحياة- أو التى تمت تحت وطأة مرض الموت؛ فإن للخلف الحق فى التمسك بإبطال الأولى والتمسك بعدم نفاذ الثانية فى مواجهته؛ وفى كلتا الحالتين للخلف الحق فى إجازة مثل هذه التصرفات.

ولا جرم أن العبارة القرآنية "... *من بعد وصية يوصى بها أو دين* ... (240)" وكذلك الحديث النبوى "*من ترك م الاً أو حقاً فلورثته* ..." يحسما الخلاف الفقهى حول ما يورث وما لا يورث؛ والمحل والوقت الذى تنتقل فيه الملكية بالخلافة. فكل ما تركه السلف -من مال أو ما فى حكمه- فهو تركة تورث. وهذه التركة تنتقل إلى الخلف مثقلة بما كان يشغل ذمة سلفه من ديون بحيث لا يكون حقه على ماليتها خالص إلا بعد سداد هذه الديون.

وتقرير حق عينى تبعى على تركة المدين المتوفى، فى صورة امتياز يضمن الوفاء بما كان يشغل ذمته المالية من التزامات، يتسق مع الأحكام القانونية (الشرعية والوضعية). لأن التأمينات العينية الأخرى لا تتواءم مع طبيعة دين التر كة؛ ولا سيما من حيث المصدر المنشئ لهذا الحق التبعى الذى يعد القانون هو مصدر إنشاءه.

ولا غرو أن يكون الخلف بمثابة حائزاً لأموال التركة المثقلة بحق الامتياز كضمان للوفاء بما عليها من ديون . لأن تقرير حق الخلافة، باعتباره حق عينى أصلى، على التركة لا يصبح خالصاً له إلا بعد الوفاء بما عليها من التزامات مضمونه بحق الامتياز.

---

(240) النساء، ج 4، آية 11.

وتقرير حق الامتياز لدين التركة يقضى على ظاهرة غياب الوازع الداخلى الناجم عن الإغراق فى المادية وتغييب القيم وتوارى المبادئ واضمحلال الأخلاق مما افقد الضمير الإنسان ى سيطرته على سلوك الشخص. بحيث أمسى الشغل الشاغل لبعض الأشخاص هو كيفية جمع الأموال، بغض الطرف عن المصير الأخروى الذى ينتظر الشخص الذى يتوفى وعليه ديناً فى حياة البرزخ ويوم القيامة.

ويقضى - أيضاً- على ظاهرة غياب الوازع الخارجى الناشئ عن القصور التشريعى فى ضبط سلوك الأشخاص فى المجتمع بصفة عامة، وفى المعاملات المالية بصفة خاصة، ولا سيما فى مجال التركات التى لم يعالج المشرع منها إلا التى تخضع لنظام التصفية بناء على توصية السلف أو طلب الخلف.

ولا شك أن نظام تصفية التركات يتعرض لظاهرة البطء فى التقاضى وطول الإجراءات وما يترتب عليها من آثار اقتصادية ضارة متمثلة فى إضاعة وقت القضاة والمتقاضين، بالإضافة إلى النفقات الكبيرة التى يضطر المتقاضى إلى إنفاقها للوصول إلى حقه سواء أكان فى مرحلة التقاضى أو كان فى مرحلة التنفيذ . فضلاً عن اللدد والمراوغة سواء فى الخصومة أو فى التنفيذ.

ثانياً - التوصيات

126 - واضح من النتائج التى توصلنا إليها من خلال هذا البحث أنه يجب حسم الخلافات الفقهية من خلال أحكام قانونية تعطى لدين التركة حق امتياز؛ على نحو يقضى على العديد من المثالب الاجتماعية والتشريعية والقضائية.

وغنى عن البيان أن المشرع يسجل الظواهر الاجتماعية وعندما تصل إحداها إلى درجة التأثير على سير الحياة الاجتماعية بانتظام واطراد، يتدخل لوضع الأمور فى نصابها عن طريق وضع الأحكام القانونية

المناسبة والملائمة التى تنظيمها، وذلك من خلال قيام وظيفته التصويرية والتوجيهية.

ونعرض من خلال المحاور التالية لبعض التوصيات عساها أن تضع النقاط على الحروف فى علاج هذه الظاهرة على نحو يوفر للمجتمع الاستقرار فى المعاملات.

- المحور الاجتماعى:

أولاً : خلق الرقابة الذاتية لدى الفرد بإحياء الضمير الإنسانى وبتنمية الشعور لديه بوجود قوة لا تدركها الأبصار قادرة وقاهرة تراقب تصرفاته الحسنة والسيئة؛ تثيبه على الأولى وتعاقبه على الثانية

ثانياً : إنماء فكرة أن الأمانة توفر للشخص الائتمان إن كان طالباً له والضمان إذا كان مقدماً له. وأن الخيانة والغدر تعدمه الاثنين معاً.

ثالثاً: إرساء القواعد التى تتواءم مع حركة الحياة وتتوافق مع الطبائع البشرية المتغيرة. لأن الإنسان إذا استغرقته المادية الدنيا وودعته الروحانية العليا كان مشغوفاً بحب المال ومهموماً بطلب الاستئثار به، ومدبراً لشرعية وسيلة الحصول عليه. فقد يأخذ ما هو ليس حقاً له، وقد لا يعطى ما هو واجب عليه.

- المحور التشريعى:

لا جرم أنه يجب على المشرع التدخل لوضع الأحكام الملائمة التى تقيم تنظيماً متناسقاً يعالج القصور الذى شاب التنظيم القانونى الحالى على نحو يرفع الحرج ويدفع المشقة عن الأشخاص.

- على مستوى السلطة التشريعية: وضع تشريع يعطى دين التركة حق امتياز عليها ([241]).

([241]) ضمنا بحثا تحت عنوان "دعوة لتنقيح قانوننا المدنى" المادة (1146م) التى تنص على أنه " الديون العادية التى كانت تشغل ذمة الشخص - حال الحياة- يكون لها امتياز على ما تركه - حال الوفاة- من أموال وما فى حكمها.

- على مستوى قانون السلطة القضائية : مما لا شك فيه أن العنصر الهام فى هذه السلطة هو العنصر البشرى فبواسطته يقام صرح العدالة شامخاً، وبه - أيضاً- ينهار هذا الصرح ويتفشى الظلم بالمجتمع . ولذلك يجب إعادة هيكلة الهيئة القضائية وتدع يمها بالكفاءات البشرية (القضاة ومعاونيهم) والوسائل الفنية الحديثة.

- على مستوى قانون المرافعات: غنى عن البيان أنه لا يكفى لتحقيق العدالة بين الناس وضع القواعد الموضوعية المتكاملة؛ بل من الأهمية بمكان أن توضع القواعد الإجرائية اللازمة لتطبيقها . لأنه لا فاعلية للأولى بدون الثانية التى تعد بمثابة الساقين اللتين تمشيان عليهما؛ فإن فقدتا أو فقدت إحداهما أو كانت عسراء، تصبح القواعد الأولى عاجزة أو عرجاء.

وبناء على ذلك يجب وضع القواعد التى تقضى على ظاهرة البطء فى التقاضى وتؤدى إلى الإسراع فى الفصل فى الدعا وى وعدم إطالة النظر فيها، والتى تحجم تعنت الخصوم وتقلل من اللدادة فى الخصومة وتيسر عملية تنفيذ الأحكام (السند التنفيذى) وتقليص حالات الاتجار فى الوظيفة العامة.

وتستوفى هذه الديون من الأموال المثقلة بها بعد الحقوق - آنفة الذكر- وإذا كان من بين هذه الأموال عقاراً فإن مرتبة الامتياز تتحدد من وقت القيد.

الفهارس
- فهرس بأهم المراجع
- فهرس بأهم الموضوعات

فهرس بأهم المراجع

أولاً - القرآن الكريم وتفسيره

- **مصحف المدينة النبوية** ، مجمع خادم الحرمين الشريفين الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.

- **المنتخب فى تفسير القرآن الكريم** -ط 12- المجلس الأعلى للشئون الإسلامية القاهرة ربيع الثانى 1406هـ - يناير 1986.
- **محمد فؤاد عبدالباقى** ، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، دار الحديث، القاهرة.

ثانياً - الأحاديث النبوية

- **جامع العلوم والحكم فى شرح خمسين من جوامع الكلم** : لزين الدين أبى الفرج عبدالرحمن بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلى ، التراث ، القاهرة .
- **صحيح مسلم** : للإمام الحافظ بن الحسين مسلم بن ا لحجاج بن مسلم النيسابورى، بشرح النووى -دار الشعب- القاهرة.

ثالثاً - كتب اللغة العربية

- **المعجم الوجيز** -مجمع اللغة العربية- الطبعة الخاصة بوزارة التربية والتعليم، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، القاهرة 1990.
- **المعجم الصافى فى اللغة العربية**، تأليف صالح العلى الصالح وزوجته أمينة الشيخ سليمان الأحمد، مكتبة الناصر، السعودية.

رابعاً - كتب الفقه

أ - فقه المذاهب الإسلامية

1- <u>الفقه الحنبلى</u> :

- الشرح الكبير على متن المقنع لشمس الدين أبى الفرج عبدالرحمن بن أبى عمر محمد بن أحمد بن قدامه.
- كشاف القناع على متن الإقناع لمنصور بن إدريس الحنبلى.
- الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيميه.
- مجلة الأحكام الشرعية (دراسة وتحقيق د / عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان و د/ محمد إبراهيم أحمد على) مطبوعات تهامة، ط أولى سنة 1401 هـ/ 1981م.

2- <u>الفقه الحنفى</u> :

- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين العابدين بن نجيم.
- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الملقب بملك العلماء.
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى، دار المعرفة، بيروت.
- حاشية محمد شاه الفنارى على شرح السراجية للسيد الشر يف، طبع فرج الله زكى الكردى بمصر، ص 13؛ وحاشية رد المحتار على الدر المختار.
- رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لمحمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز الشهير بابن عابدين.
- فتح القدير شرح الهداية، كمال الدين بن الهمام.

3- الفقه الشافعى :

– قليوبية وعميرة: لشهاب الدين القليوبى والشيخ عميرة على شرح العلامة جلال المحلى، على منهاج الطالبين للشيخ محيى الدين النووى.

4- الفقه الظاهرى:

– المحلى لأبن محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسى.

5- الفقه المالكى :

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبى.
- شرح مختصر سيدى خليل، لعبد الله الخرشى، المطبعة العامرة القاهرة.
- حاشية محمد شاه الفنارى، على شرح السراجية للسيد الشريف طبع فرج الله زكى الكردى بمصر.

ب- الفقه الإسلامى الحديث

- **أحمد بك إبراهيم:**
  - المعاملات الشرعية المالية، دار الأنصار، القاهرة، بدون تاريخ للنشر.
  - التركة والحقوق المتعلقة بها والمواريث، مجلة القانون والاقتصاد يصدرها أساتذة كلية حقوق القاهرة، السنة السابعة - العدد الأول- ذو القعدة 1355هـ/يناير 1937م.
- **أحمد على الخطيب**، موجز أحكام الميراث فى الفقه الإسلامى والقانون العراقى، ط3، مطبعة جامعة بغداد، سنة 1398هـ / 1978م.
- **أحمد نصر الجندى**، مبادئ القضاء الشرعى فى خمسين عاماً - المجلد الأول- ط 2، دار الفكر العربى، القاهرة سنة 1398هـ/ 1978م.
- **أنور محمود دبور**، ماهية مرض الموت وتأثيره فى التصرفات بصفة عامة -بحث مقارن-، مجلة الشريعة والقانون "حولية محكمة "، العدد

الثانى : رمضان 1408 هـ /مايو (أيار) 1988م جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية الشريعة والقانون.

- **بدران أبو العنين بدران** ، أحكام التركات والمواريث فى الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكن درية، سنة 1981م.

- **صبحى محمصانى** ، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت -لبنان، سنة 1983.

- **عبدالرزاق أحمد السنهورى**، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى،ج 5.

- **عبدالرحمن محمود الصابونى**، فى مؤلفه الوصية للوارث فى المذاهب الفقهية الثمانية والقوانين العربية وما عليه العمل فى دولة الإمارات المتحدة، مجلة الشريعة والقانون - حولية محكمة- العدد الرابع شوال سنة 1410 / مايو سنة 1990م.

-**عبدالحميد الشواربى**، أحكام التركات -فى ضوء الفقه والقضاء- منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1990.

- **عبدالكريم بن محمد اللاحم** ، فقه المواريث - دراسة مقارنة- المجلد الأول، (أشار فى هامشها إلى كشاف القناع، ج 4، ص 296) غير مدون اسم الناشر أو محله أو تاريخه.

- **عبدالناصر توفيق العطار** ، نظرية الأجل فى الالتزام - فى الشريعة الإسلامية والقوانين العربية، مطبعة السعادة، القاهرة 1978م.

- **على إبراهيم الرجال**، حكم تصرف الوارث فى أموال التركة، قبل سداد الديون، ومشروع تنقيح القانون المدنى، مجلة القانون والاقتصاد، يصدرها أساتذة كلية الحقوق بالقاهرة، العددان الأول والثانى- السنة الرابعة عشرة، المحرم وصفر سنة 1363هـ / يناير وفبراير سنة 1944م).
- **على الخفيف** ، مدى تعلق الحقوق بالتركة، مجلة القانون والاقتصاد، يصدرها أساتذة كلية الحقوق جامعة القاهرة، العددان الثانى والثالث - السنة الثانية عشرة- صفر ربيع الأول سنة 1361 هـ / فبراير ومارس سنة 1942م.
- **على حيدر** ، درر الحكام فى شرح م جلة الأحكام، دار الكتب العلمية بيروت، سنة 1411هـ / 1991م.
- **عمر عبدالله** ، أحكام المواريث ـ فى الشريعة الإسلامية ـ ط4، دار المعارف، القاهرة، سنة 1385هـ / 1966م.
- **محمد أبو زهرة** ، أحكام التركات والمواريث، مطبعة مخيمر، القاهرة، سنة 1949 م.
- **محمد زكريا البرديس ى**، الميراث، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 1388هـ/ 1969م.
- **محمد على عرفه** ، الاتجاهات الحديثة فى الميراث والتركة، مجلة القانون والاقتصاد، يصدرها أساتذة كلية الحقوق جامعة القاهرة، مجلد به الأعداد 1-4، السنة الثامنة عشرة، سنة 1948م.
- **محمد مصطفى شلبى** ، أحكام المواريث بين الفقه والقانون، المكتب المصرى الحديث للطباعة والنشر الإسكندرية، سنة 1967م.
- **محمد يوسف موسى** ، التركة والميراث فى الإسلام - مع مدخل فى الميراث عند العرب واليهود والرومان- بحث مقارن، معهد الدراسات العربية العالية- جامعة الدول العربية، القاهرة بدون تاريخ للنشر.
- **منصور محمد منصور** ، دراسات فى أحكام التركات والمواريث فى الفقه الإسلامى، لم يدون عليه اسم الناشر أو محله، سنة 1984م.

- **نعمان عبدالرزاق السامرائى** ، مرض الموت وأحكامه فى المعاملات مجلة البحوث الفقهية المعاصرة - مجلة علمية محكمة متخصصة فى الفقه الإسلامى-العدد السابع عشر- السنة الخامسة شوال - ذى الحجة 1413هـ/ إبريل- يونيو 1993م، الرياض - السعودية.

جـ - تقنينات أحكام الشريعة الإسلامية

- مجلة الأحكام العدلية على مذهب الأحناف.
- مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الحنابلة.
- مشروعات تقنين الشريعة الإسلامية على المذاهب الإسلامية المختلفة الطبعات التمهيدية، إعداد اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية، مجمع البحوث الإسلامية.

خامساً - الفقه القانونى

- **أحمد سلامة**، دروس فى التأمينات المدنية، دار النهضة العربية القاهرة 1968.
- **الياس حداد** ، فى جريمة سحب شيك بدون رصيد، المجلة العربية للدراسات الأمنية مجلة علمية فصلية تصدرها دار النشر بالمركز العربى للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض السعودية ع 7، ربيع الثانى 1409 هـ (الموافق كانون الأول -ديسمبر- 1988م).
- **أمين بدر** ، معنى الشيك فى خصوص المادة (337) عقوبات، مجلة مصر المعاصرة، سنة 45، عدد 275.
- **أنور سلطان**، أثر بطلان الشيك على مسئولية الساحب الجنائية، مجلة الحقوق السنة الأولى.
- **جميل الشرقاوى**، الحقوق العينية الأصلية -الكتاب الأول- حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ للنشر.
- **حسام الدين كامل الأهوانى**، مقدمة القانون المدنى - نظرية الحق- دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1972م.

- **سليمان مرقس** ، التأمينات العينية فى التقنين المدنى الجديد، المطبعة العالمية، القاهرة، سنة 1951م.

- **عادل محمد عبدالعزيز** ، رسالته لنيل درجة الماجستير فى القانون الجنائى من كلية ا لحقوق جامعة طنطا، سنة 1997م تحت عنوان "جريمة إعطاء شيك بدون رصيد (الحماية الجنائية للشيك)".

- **عبدالحميد عثمان محمد:**
  - المفيد فى أحكام حق الملكية، مكتبة جامعة طنطا، طنطا، سنة 1418هـ.
  - المفيد فى الحقوق التبعية، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1418هـ.
  - ظاهرة الشيك كأداة لضمان الوفاء، دار النهضة العربية القاهرة 1417هـ.

- **عبدالرزاق أحمد السنهورى:**
  - الوسيط - فى شرح القانون المدنى- حق الملكية- مع شرح مفصل للأشياء والأموال، المجلد الثامن، دار إحياء التراث العربى (مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر) القاهرة 1967م.
  - الوسيط فى شرح القانون المدنى -1- ج 10، فى التأمينات الشخصية والعينية، دار إحياء التراث العربى، بيروت 1970

- **عبدالفتاح عبدالباقى**، موسوعة القانون المدنى المصرى - نظرية العقد والإرادة المنفردة- دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامى دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1984.

- **على عبد العزيز العميرينى** ، حكم إصدار الشيكات بدون رصيد فى النظام السعودى، الأمن - مجلة أمنية محكمة تصدر عن الإدارة العامة للعلاقات والتوجيه، وزارة الداخلية، المملكة العربية السعودية، ع 1، ربيع الأول 1413 هـ.

- **عبدالناصر توفيق العطار**، التأمينات العينية، ص 303، ف 154 غير مدون عليه محل النشر أو تاريخه.

- **فتوح الشاذلى فى بحثه**، الحماية الجنائية للشيك فى التشريع السعودى والقانون الوضعى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1990م.
- **محسن شفيق**:
- القانون التجارى المصرى -الأوراق التجارية- ط 1- دار المعارف، الإسكندرية 1954م.
- نظرات فى أحكام الشيك - فى تشريعات البلاد العربية- معهد الدراسات العربية العالية، جامعة الدول العربية القاهرة سنة 1962م.
- **محمد على عرفه**، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، بدون تاريخ للنشر.
- **محمود نجيب حسنى**، مدلول الشيك فى تطبيق المادة (337) من قانون العقوبات مجلة القضاة - يصدرها نادى القضاة- يناير / يونيه سنة 1984م.
- **منصور مصطفى منصور** ، حق الملكية - فى القانون المدن المصرى- مكتبة عبدالله وهبة، القاهرة سنة 1965.
- **محمود جمال الدين زكى** ، التأمينات الشخصية والعينية - ط 3- مطابع دار الشعب بالقاهرة 1979.
- **نبيل إبراهيم سعد**، الضمانات غير المسماة فى القانون الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ للنشر.

التشريعات والمذكرات الإيضاحية والأعمال التحضيرية

- قانون الميراث رقم 77 لسنة 1943 ونشر فى 1943/8/12 وعمل به اعتباراً من 1943/9/2م.
- المذكرة الإيضاحية لقانون المواريث رقم 77 لسنة 1943م.
- القانون المدنى رقم 131 لسنة 1948م.
- مجموعة الأعمال التحضيرية -مذكرة المشروع التمهيدى-ج6.
- القانون المدنى الأردنى، لسنة 1976م.

- قانون المعاملات المدنية السودانى لسنة 1984م.
- قانون المعاملات المدنية الإماراتى لسنة 1985م.
- قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات المتحدة رقم 18 لسنة 1993م.

– **المراجع الأجنبية:**

- **Michel JUGLART et Benjamin ITPPOLITO**, droit commercial - Avec cas concretts et jurisprudence - vol.-1, 2e edition, Effets de commerce et cheque, p. 196, N. 323, Edition MONT-CHRESTIEN, PARIS sans date.
- **Jean Chevalier et Louis Bach**, droit civil, 1er, annee, tome 1 10e Edition, editions Siery, 1989, p. 39.
- **Pierre Voinn**, Manuel - droit civil, tome 1. 24e Edition par Gilles Goubeaux, p. 28, No. 40.
- **MAZEAUD**. Lecons de droit civil - introduction a` l` etude du droit - 10e Edition, par Francois ChABAS, p. 386. No. 388. MONTCHRESTIEN. Paris. 1991.
- **MAZEAUD ET CHABAS**, lecon de droit civil - suretes publicite fonciere - Sixieme Edition, p. 475, No. 496, MONTCHRESTIEN Paris, 1988.

الموضوع	الصفحة	البند

كتب وأبحاث للمؤلف

1 - المسئولية المدنية عن مضار المادة المشعة - دراسة مقارنة دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1993م.
2 - أحكام الأم البديلة (الرحم الظئر) بين الشري عة والقانون - دراسة تحليلية - دار النهضة العربية، القاهرة 1416هـ.
3 - ظاهرة الشيك كأداة لضمان الوفاء، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1417هـ.
4 - امتياز دين التركة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1418هـ.
5 - دعوة لتنقيح القانون المدنى، دار النهضة العربية ، القاهرة سنة 1418هـ.
6 - المفيد فى القانون الزراعى، ط 3، مكتبة جامعة طنطا، طنطا، سنة 1418هـ.
7 - المفيد فى الحقوق التبعية، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة 1418هـ.
8 - المفيد فى أحكام حق الملكية، مكتبة جامعة طنطا، طنطا، سنة 1418هـ.
9 - المفيد فى شرح القا نون المدنى - مصادر الالتزام- ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1418هـ.
10- دور التقنيات الحديثة فى الإثبات الفاكس والإنترنت (بحث مرجعى) القاهرة، سنة 1998م.
11-دور الشيك فى براءة الذمة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1420هـ.
12-السببية فى المسئولية ا لشيئية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1421هـ.
13-الالتزام بالإعلام عن الآثار الجانبية للوسيلة الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1422هـ.